536

Ex Bibliotheca eccleſiæ
Collegiatæ Lateranenſis ad
S. Nicolaum prope Paſſavium.

4

D. Ernſt Chriſtian Weſtphals

ordentl. Lehrers der Rechte in Halle

Theorie des Römiſchen Rechts

von

Teſtamenten,

deren

Erblaſſer, und Erben,

ihrer Form und Gültigkeit.

Frankfurt und Leipzig,

1790.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Dem

Hochgebohrnen Herrn Grafen,

Herrn

Ewald Friedrich von Herzberg

Erbherrn auf Brize u. ſ. w.

Sr. Königl. Majeſt. in Preuſſen Hochbeſtalltem

Staats- und Cabinets-Miniſter,

Ober-Curator der Königl. Academie der Wiſſenſchaften,

Ritter des ſchwarzen Adler-Ordens

u. ſ. w.

Meinem gnädigen Herrn,

Hochgebohrner Herr Graf,

Gnädiger Herr Geheimer Etats-Miniſter,

Euro Hochgräfl. Excellenz genehmigen in Gnaden, wenn bey der allgemeinen Huldigung, welche alle Herzen der Patrioten, und Kenner der Wiſſenſchaften und Verdienſte, in Hochdenenſelben dem großen Staatsmanne, Gelehrten und Menſchenfreunde darbringen, auch ich der Empfindung der Ehrfurcht, und, bey Hochdero ſeit langer Zeit genoſſenen Gnade, des gerührteſten Dankes, den Ausbruch nicht verſagen können. Die Dreuſtigkeit, einen ſo verehrten Namen dieſem Werke vorzuſetzen, kann nur durch die Größe dieſer Empfindung, und durch die Leutſeligkeit, womit Euro Hochgräfl. Excellenz Wiſſenſchaften, Künſte und nützliche Geſchäfte aufmuntern, entſchuldigt werden. Gott erhalte

halte bis zu den ſpäteſten Jahren in Hochdenenſelben die Stütze unſers Staats, und unſerm Zeitalter die Zierde, worauf es ſtolz iſt. Für Euro Hochgräfl. Excellenz werde deshalb täglich zu Gott beten, der ich mit tiefſter Ehrfurcht mich nenne

Hochgebohrner Herr Graf,
Gnädiger Herr Geheimer Etats-Miniſter,
Euro Hochgräfl. Excellenz

Halle
den 16ten October
1789.

unterthänigſter
Ernſt Chriſtian Weſtphal.

Vorrede.

Obgleich die Weitläuftigkeit und Schwierigkeit des Erbrechts mich bisher abgeſchreckt, an deſſen Bearbeitung auf eben die Art Hand anzulegen, wie ich ſchon verſchiedene andere Materien des bürgerlichen Rechts vollendet habe; ſo habe ich mich doch endlich, wegen des Nutzens, den der auch hier angewendete Fleiß ſchaffen kann, entſchloſſen, ſelbſt in dieſem Ocean Verſuche zu machen; und nach und nach einzelne Gegenden deſſelben zu beſuchen. Die Entdeckungen, ſie gehen ſo weit, als ſie wollen, werden allemal nützlich ſeyn, und wo ich nicht hingekommen bin, wird künftig ein anderer nachſteuren. Diejenigen Erinnerungen, welche gegen meine Arbeiten gleicher Art bisher von einigen gemacht worden, die übrigens, wie ich rühmen und danken muß, denſelben alle Gerechtigkeit wiederfahren laſſen, ſind entweder der Abſicht derſelben zuwider, welche ich ſchon ſo oft erklärt habe, oder ſie werden durch die darin befindlichen

Aus-

Ausführungen ſelbſt widerlegt, oder ſie geben eine Verachtung der gründlichen Rechts-Wiſſenſchaft zu erkennen, oder ſie ſind nicht von der Erheblichkeit, daß ich deßhalb etwas zu ſagen hätte. Auf gegenwärtige Arbeit wird ſogleich eine ähnliche, die Vorlegung und Eröfnung der Teſtamente, Annehmung und Ablehnung der Erbſchaft, wie auch die Rechte und Pflichten des Erben betreffend, folgen, welche ſchon ganz fertig iſt und dieſen Winter gedruckt wird. In jetziger Schrift wird pag. 192. in der ſiebenten Zeile mit dem Worte Unterweilen ein neuer §. 265 b und in der ein und zwanzigſten Zeile mit eben dem Worte §. 265 c abzuſetzen ſeyn, wovon jener die Ueberſchrift: Ausfindigmachung der Theile, die der Erblaſſer geben wollen, dieſer aber: Beſtimmung der Theile aus den Umſtänden, erhalten kann, auch §. 990. kann mit: Beſonders §. 990 b und mit: Iſt einerley Fall §. 990 c abgeſetzt werden, mit der Ueberſchrift, jener: Inſonderheit bey Legatis, dieſer: Fall, da zweyen einerley Sache, als Legat, auferlegt worden. Gott ſey gelobt, der auch zu dieſem Werke Kräfte verliehen, und laſſe ſolches für die Rechtswiſſenſchaft von dem vorgeſetzten Nutzen ſeyn.

Inhalt.

Inhalt.

1. Kap. Von dem Erbrechte, dem letzten Willen und Teſtamenten überhaupt.
2. Kap. Perſonen, die teſtiren können.
3. Kap. Perſonen, die zu Erben ernannt werden können.
4. Kap. Form der nicht privilegirten Teſtamente.
1. Abſchn. Aeußere Solennitäten der Privat- und zwar feyerlichen Teſtamente.
1. Section. Geſchichte derſelben.
2. Section. Feyerlichkeiten, die dem geſchriebenen und mündlichen Teſtamente gemein ſind.
3. Section. Die dem mündlichen Teſtamente eigen ſind.
4. Section. Die dem geſchriebenen Teſtamente eigen ſind.
5. Section. Anmerkung von den Feyerlichkeiten überhaupt.
2. Abſchnitt. Aeuſſere Form der öffentlichen Teſtamente.
3. Abſchnitt. Innere Form der Teſtamente oder die Erbeinſetzung.
1. Section. Ueberhaupt.
2. Section. Die mit Bedingungen oder ähnlichen Zuſätzen verknüpfte Erbeinſetzung.
1. Abſatz. Von der Bedingung.
2. Abſatz. Von der Zeitbeſtimmung und Beſchreibung.
3. Section. Die nothwendige Erbeinſetzung.

Inhalt.

1. Membrum. Perſonen, welchen Pflichttheil gebührt.
2. Membrum. Berechnung des Pflichttheils.
3. Membrum. Vorrechte des Pflichttheils.
4. Membrum. Rechte der Einſetzung, Enterbung und Uebergehung der Pflichttheils Berechtigten.
1. Theil. Aeltere Verfaſſung.
1. Abtheilung. In Anſehung der Kinder unter väterlicher Gewalt.
2. Abtheilung. Beſonders in Anſehung der Poſthumorum.
1. Abſatz. Von Poſthumis überhaupt.
2. Abſatz. Von Aquillianiſchen Poſthumis.
3. Abſatz. Von Vellejaniſchen Poſthumis.
4. Abſatz. Von Salvianiſchen Poſthumis.
5. Abſatz. Fernere allgemeine Anmerkungen von Poſthumis.
3. Abtheilung. In Anſehung der emancipirten Kinder.
4. Abtheilung. In Anſehung der adoptirten Kinder.
5. Abtheiluug. In Anſehung der Kinder weiblicher oder cognatiſcher Aſcendenten.
6. Abtheilung. In Anſehung der Unehlichen.
2. Theil. Neuere Grundſätze.
1. Abſchnitt. Aenderungen, ſo vor der Novella 115. gemacht worden.
2. Abſchnitt. Aenderungen, welche in der Novella 115. in Anſehung der Ernennung oder Ausſchließung der Kinder gemacht worden.
3. Abſchnitt. Grundſätze, welche nun bey Ernennung oder Ausſchließung der Kinder als die neueſten anzuſehen.
4. Abſchnitt. Neueſte Grundſätze von Ernennung und Ausſchließung der Eltern.
5. Abſchnitt. Neueſte Grundſätze von Ernennung oder Ausſchließung der Geſchwiſter.
6. Abſchnitt. Neuerung in Anſehung der ſuppletoriſch. Klage.
4. Section. Die Subſtitution.
1. Segment. Ueberhaupt.
2. Segment. Die Substitutio reciproca.
3. Segment. Die Vulgar-Subſtitution.
4. Segment. Die Pupillar-Subſtitution.
1. Abſatz. Form derſelben.
2. Abſatz. Würkung derſelben.
5. Segment. Die Quaſi-Pupillar-Subſtitution.

5. Ka-

Inhalt.

5. Kapitel. Privilegirte Teſtamente.
1. Abtheilung. Militairiſches Teſtament.
1. Abſchnitt. Unter welchen Umſtänden es ſtatt habe.
2. Abſchnitt. Seine Vorrechte.
1. Rubrik. In Anſehung des Teſtaments überhaupt, auch der Perſon des Erblaſſers und Erbens.
2. Rubrik. In Anſehung der äuſſern und innern Form.
3. Rubrik. In Anſehung der Aufhebung des Teſtaments.
4. Rubrik. Von Dingen worin bey militairiſchen Teſtamenten kein Vorrecht iſt.
2. Abtheilung. Teſtament der Eltern unter den Kindern.
3. Abtheilung. Teſtament der Leute auf dem Lande.
4. Abtheilung. Teſtament zur Zeit anſteckender Krankheiten.
6. Kapitel. Würkung des gültigen Teſtaments zur Erlangung der Erbſchaft.
7. Kapitel. Ungültigkeit der Teſtamente.
1. Abtheilung. Ungültigkeit überhaupt.
2. Abtheilung. Von Anfang ungültiger Teſtamente und deren Natur überhaupt.
3. Abtheilung. Beſondere Erbeinſetzungen, die pro non ſcripta gehalten werden.
4. Abtheilung. Erſt in der Folge ungültige Teſtamente.
1. Abſchnitt. Teſtamentum irritum.
2. Abſchnitt. Teſtamentum ruptum.
1. Abſatz. Ungültigkeit durch Willensänderung.
1. Section. Wenn ein neu Teſtament gemacht wird.
2. Section. Ohne ein neu Teſtament.
2. Abſatz. Ungültigkeit durch Veränderung bey den Pflichttheilsberechtigten.
3. Abſchnitt. Teſtamentum deſtitutum.
1. Membrum. Edict: Si quis omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideat hereditatem.
2. Membrum. Ausdehnung des Edicts.
4. Abſchnitt. Teſtamentum inofficioſum.
1. Abſatz. Natur der Inofficioſitätsklage und Perſonen, die ſich ihrer bedienen.
2. Abſatz. Von dem Beklagten und der Würkung der Inofficioſitätsklage.
3. Abſatz. Beſtrafung der ungegründet erhobenen Inofficioſitätsklage.
4. Abſatz. Aufhebung der Inofficioſitätsklage.

5. Ab-

Inhalt.

5. Abſchnitt. Ausfall der Erbeinſetzung wegen Unwürdigkeit des Erbens.
1. Abſatz. Von der Unwürdigkeit der Erben überhaupt.
2. Abſatz. Einzelne Arten der Unwürdigkeit.
3. Abſatz. Beſonders der Fall, da der Erbe ſich um die geſchehene Entleibung des Erblaſſers nicht bekümmert.
1. Membrum. Von Unterlaſſung der Unterſuchung überhaupt.
2. Membrum. Von Unterlaſſung der Unterſuchung vor Antretung der Erbſchaft.
3. Membrum. Beſchaffenheit der Unterſuchung.
1. Section. Art, die Sache herauszubringen überhaupt.
2. Section. Perſonen, die den Mord verſchuldet haben muſten.
1. Segment. Dem Erblaſſer zugehörige.
2. Segment. Knechte.
3. Section. That, welche geſtraft wurde.
4. Section. Lauf des Prozeſſes.

D. Ernſt

D. Ernſt Chriſtian Weſtphals
Theorie des Römiſchen Rechts
von
Teſtamenten,
deren Erblaſſer und Erben,
ihrer Form und Gültigkeit.

Von Teſtamenten, deren Erblaſſer und Erben, ihrer Form und Gültigkeit.

Erſtes Kapitel.

Von dem Erbrechte, dem letzten Willen und den Teſtamenten überhaupt.

§. 1. Begriff des Erbrechts. §. 2. Eintheilung. §. 3. Erbeinſetzung und deren Eintheilung. §. 4. Lezter Wille und deſſen Eintheilung in Teſtament und Codicill. §. 5. Freyheit zu teſtiren. §. 6. Geſetzliche Beſchreibung eines Teſtaments. §. 7. Daß gerade Erbeinſetzung deſſen Weſen ausmache. §. 8. Unrechte Benennung ſchadet dem Teſtamente nicht. (§. 32.) §. 9. Man muß nach dem Inhalte gehen, nicht nach der Beſchreibung des Verfaſſers davon. §. 10. Der Erblaſſer kann durch ſeine Behauptungen im Teſtamente falſche Dinge nicht zu Wahrheiten machen. §. 11. Erklärung einer vorhabenden Erbeinſetzung iſt noch kein Teſtament. §. 12. Der Erblaſſer darf von den durch die Geſetze gemachten Einrichtungen über Teſtamente nicht abgehen. §. 13. Fall, wo ein mündlich Teſtament nicht zuläßig iſt. §. 14. Ob hierin Juſtinian etwas verändert. Erinnerung gegen A. Faber. §. 15. Mehrere Exemplare eines ſchriftlichen Teſtaments. §. 16. Man kann einen andern zum ſchriftlichen Aufſatz des Teſtaments gebrauchen. §. 17. Bey Tag und Nacht kann das Teſtament gemacht werden. §. 18. Das Teſtament gilt nicht, wenn es der Erblaſſer nicht vollendet hat. §. 19. Es ſey denn nur etwas Auſſerweſentliches, ſo noch fehlet. §. 20. Gegen die Geſetze darf nichts verordnet werden. §. 21. Jeder, auch der beſondere Erlaubnis zum Teſtiren erhalten, muß die Form des Teſtaments beobachten. §. 22. Keiner kann einem andern den Erben ernennen. §. 23. Das Teſtament muß verſtändlich ſeyn. §. 24. Nach der Abſicht des Erblaſſers muß es

erklärt werden. §. 24. Zum Beſten deſſen, dem etwas gegönnt iſt. §. 26. Unterſchied in der Erklärung der Teſtamente und der Kontracte. §. 27. Wie der Erblaſſer ſein Teſtament ſelbſt erkläre. §. 28. Der Irrthum macht die Verordnung ungültig. §. 29. So weit er einen Einfluß hat. §. 30. Der Zwang wirkt Ungültigkeit. §. 31. Von Ungeſtüm und Liebkoſungen. §. 32. Von Behauptungen des Erblaſſers hängt die Gültigkeit nicht ab (§. 8. 9.) §. 33. Selbſt bey Ernennung des Landesfürſten zum Erben iſt die vorgeſchriebene Teſtamentsform erforderlich.

§. 1.

Das Erbrecht iſt ein dingliches Befugnis, an den Gütern eines Verſtorbenen, welches man durch deſſen Tod erworben, und wornach man ſolche Güter eingeräumt bekommen muß. Madihn Princ. jur. Rom. de Succeſſionibus.

§. 2. Dieſes Recht iſt von verſchiedener Art. Es iſt 1) entweder ein ſolches, das ſchon durch die Geſetze gegeben wird, oder dasjenige, welches erſt durch eine Verordnung des Erblaſſers zu erlangen iſt. Es iſt 2) entweder das allgemeine Erb-Recht, wobey man des Erblaſſers Perſon vorſtellt und fortſetzt, und alſo in alle deſſen Rechte und Verbindlichkeiten tritt, oder das beſondere, wobey dieſe Fortſetzung der Perſon des Erblaſſers nicht vorkommt. 3) Entweder das bürgerliche Erbrecht, welches aus den übrigen Verordnungen der Rechte auſſer dem, was die Prätoren eingeführt, ſich herſchreibt, oder das prätoriſche, welches von den Prätoren eingeführt iſt.

§. 3. Wenn aus einer Verordnung des Erblaſſers das Recht herfließt, ſo iſt dieſe Verordnung entweder eine Erbeinſetzung, d. i. eine Benennung deſſen, der ein allgemeines Erbrecht haben ſoll, oder eine Ertheilung eines beſondern Erbrechts. In jenem Falle wird der Erbe

be entweder unmittelbar und geradezu von dem Erblaſſer eingeſetzet, d. i. ſo, daß er die Erbſchaft nicht erſt wieder aus den Händen eines andern, ihm vorgeſetzten Erben, abgeliefert bekommen ſoll, oder es geſchieht mittelbar, indem vor dem ernannten Erben ein anderer ſtehet, der die Erbſchaft zuerſt haben, und dem hernach benannten Erben zurückliefern ſoll.

§. 4. Wofern Jemand über ſein Vermögen eine Verfügung macht, wie es damit nach ſeinem Tode gehalten werden ſoll, jedoch dieſe Verfügung dem, welchem ſie zum Vortheil gemacht wird, nicht zur Acceptation bekannt gemacht, ſondern von dem Verfertiger nur für ſich und einſeitig aufgeſetzt wird; ſo entſteht der Begriff eines letzten Willens. Majans de voluntat. neceſſar. in vlt. diſpoſit. Bruckner de fauor. vlt. vol. Boecler de var. vlt. vol. diſpoſ. Bruckner de var. vlt. vol. ſpecieb. Wenn hier ein Erbe unmittelbar und geradezu ernannt wird, ſo heiſt die Verordnung ein Teſtament. Ayrer Obſerv. ad jus teſtamentor. Boecler Diſſ. IV. de teſtam. Treſenreuter Num. hered. inſtit. caput ſit teſtam. Hennequin, v. Loon, Imhof, Limpens, Meeſters, Pierre, Weidling, Wieger, Gerlings, v. d. Goes, Groſs. Ades de teſtam. Baſtineller Pr. de dub. c. teſtam. integrit. validitatemque quaeſtion. Borgeeſt de teſtam. eorumque ſolennit. Buibom decas controverſ. in mater. teſtam. a Heemskerch, Colle, Felz, de teſtam. Demouge de mater. teſtam. et vlt. vol. Gelb ad rubr. Cod. de teſtam. Harppr. Lanx ſatura rer. ad teſtam. leges attin. Hertel polit. Thee- und Koffe-Taſſe von der letzten Willensverordnung. Loyſon Poſit. ex mater. teſtamentor. Leyſer Controverſ. teſtamentor. Dollhofen, Scharfenberg, Scherz, Boogert, v. d. Does, Fick, Verboom, Versluys, v. d. Waeyen. Luyken de teſtament. ordinand. H. Müllers Tract. von den Teſtam.

ſtam. und letzten Willen. I. Pagenſtecher diſcuſſ. teſtamentor. Vlrici de e. q. c. vlt. vol. ſ. teſtam. jur. eſt. Stryk de cautel. teſtamentor. Kemmerich et Stryk de favore teſtam. Bernauer ad tit. Inſt. de teſtam. ordin. Hoffmann obſervat. teſtamentar. Scopp de jure teſtamentor. Tielemann de teſtam. Wieger de legit. teſtam. ordinat. Falls aber der Erbe nur mittelbar benannt, oder nur ein beſonderes Erbrecht ertheilt wird, ſo erhält die Verordnung den Namen eines Codicills.

§. 5. Die Römiſchen Rechte gaben, nach dem vor den 12 Tafeln die Teſtamente nicht anders, als mit Genehmigung des Volks, welches die Diſpenſationen gegen die Geſetze ertheilen mußte, gemacht werden können, durch die bekannten 12 Tafeln, und beſonders durch die 5te Tafel Jedem das Recht, ein Teſtament für ſich, ohne Zuthun des Geſetzgebers, machen zu dürfen. Sie hatten dieſe Freyheit von den Griechen, beſonders den Geſetzen des Solon, der hier vorgegangen war, entlehnt. Die Stelle: Paterfamilias vti legaſſit, ſuper pecunia tutelave rei ſuae, ita jus eſto, iſt bekannt. Bruckner Pr. de libert. teſtandi. Thomaſ. de ſenſu legis decemviral. Schacher Diſſ. IV. de reſtr. poteſt. teſtator.

§. 6. Die Beſchreibung eines Teſtaments enthalten die Geſetze ſelbſt L. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Teſtamentum eſt voluntatis noſtrae juſta ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit. Pr. J. de teſtam. ord. Teſtamentum ex eo appellatur, quod teſtatio mentis ſit. Vlp. Fragm. Tit. 20. §. 1. Teſtamentum eſt mentis noſtrae juſta conteſtatio, in id ſolenniter factum, vt poſt mortem noſtram valeat. Die Inſtitutionen geben, wie man ſieht, nur eine Etymologie, die noch dazu ſchlecht gerathen iſt. Modeſtin. in L. 1. und Vlp. kommen mit einander überein. Das juſtum des erſtern iſt das ſolenniter

niter des letztern. Der Begriff iſt aber nicht accurat. Die Beſtimmung ſoll das Teſtament vom Codicill unterſcheiden. Ehemals war zwar das Codicill ohne Feyerlichkeiten. Die Sache hat ſich jedoch neuerlich geändert. Auſſerdem giebt es auch Teſtamente ohne Feyerlichkeiten. Der Unterſchied des letzten Willens von einem Vertrage iſt auch nicht bemerkt.

§. 7. Daß den Unterſchied zwiſchen einem Teſtamente und Codicille eigentlich der Inhalt ausmache, iſt ganz wohl bemerkt. L. 14. C. de teſtam. Non codicillum ſed teſtamentum aviam veſtram facere voluiſſe, inſtitutio et exheredatio facta probant evidenter. Eine Enterbung iſt ſo gut, als eine unmittelbare Erbeinſetzung, eine gerade Verfügung über die Erbſchaft, und gehört nur in ein Teſtament.

§. 8. Dieſer Inhalt entſcheidet dergeſtalt für das Daſeyn eines Teſtaments, daß es auf die Namen, welche man der Verordnung gegeben hat, nicht ankommt. L. 17. C. de teſtam. davon unten §. 32.

§. 9. Da der Inhalt eine Erbeinſetzung oder Verordnung iſt, ſo macht eine im letzten Willen vorkommende Behauptung des Erblaſſers weder das Teſtament, noch das Codicill, ſondern iſt als etwas von beyden heterogenes anzuſehen L. 6. C. de teſtam. Verba teſtamenti quibus mater veſtra decedens, nihil ſe cuiquam donaſſe ſignificavit; ſi res ſe aliter habent, fidem veri non perſtringunt.

§. 10. Dasjenige, was ein Erblaſſer in ſeinem letzten Willen für wahr angiebt, muß, wenn man aus den Umſtänden ſieht, daß er es für wahr gehalten haben will, von denen, die ſeinen Befehl zu ehren haben, für wahr angenommen werden, wenn es gleich nicht wahr iſt, wie das Beyſpiel von einer falſa cauſa lehrt. Aber

deshalb iſt doch Behauptung nicht eigentlich Willens-Verordnung, und die Einſchränkung, unter welcher ſie nur für wahr zu halten, lehrt dies um ſo mehr. Ein Beyſpiel giebt L. 14. §. 2. de lib. et poſt. Si quis ita ſcripſerit: *ille, quem ſcio ex me natum non eſſe, exheres eſto*: hanc exheredationem ita nullius momenti eſſe ait, ſi probetur ex eo natus. Non enim videri quaſi filium exheredatum eſſe, cum elogium pater, cum filium exheredare propoſuiſſet, et adjeciſſet, propter eam cauſam exheredare: probaturque patrem circa cauſam exheredationis erraſſe L. 15. eod. Idem eſt, ſi ita dixerit: *ille filius exheres eſto*, patrem ei adulterum ex errore adſignans. Die Entſcheidung wird in dieſen Stellen auf den Irrthum gebauet. Geſetzt aber es wäre hier kein Irrthum des Teſtirers vorhanden, ſondern er hätte, wohl wiſſend, daß der Sohn von ihm ſey, aus ungegründetem Haß den falſchen Zuſatz gemacht; ſo würde doch die Verordnung nicht gelten, weil der Sohn die Angabe ſeines Vaters nicht als wahr gelten zu laſſen braucht.

§. 11. Weil ein Teſtament eine würkliche Erbeinſetzung enthalten muß, ſo iſt die bloſſe Aeuſſerung, daß man Jemanden erſt noch zum Erben ernennen wollen, die Teſtaments-Verordnung ſelbſt noch nicht L. 31. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Ejus bona, qui ſe Imperatorem facturum heredem eſſe, jactaverat, a fiſco occupari non poſſunt. Man ſieht, daß die, welche für die Bereicherung des Fiſcus waren, beſonders ſolche Aeuſſerungen mißbrauchten, und daraus Erbeinſetzung machen wollten. Was nun hier, ſo gar zum Nachtheil des Fiſcus, verworfen wird, muß in andern Fällen noch vielmehr verwerflich ſeyn.

§. 12. Obgleich ein Erblaſſer dadurch, daß er ſich Erben nach Belieben ernennen und die ſonſtigen geſetzli-

chen Erben ausſchlieſſen kann, viele Freyheit von dem Geſetz abzugehen hat: ſo iſt er doch in Anſehung der Art, wie ſolches geſchehen ſoll, auf mancherley Art eingeſchränkt, von welchen Einſchränkungen, da ſie leges praeceptive, nicht permiſſivae ſind, er ſich nicht losmachen kann. Durch Verträge können die Parthéyen in viel mehreren Stücken von dem, was die Geſetze verordnet haben abgehen, allein hier iſt eine Einwilligung beyder Theile, die Geſetze ſind hier mehr permiſſiv, und füllen dasjenige nur aus, was der Vertrag offen gelaſſen hat. L. 3. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Teſtamenti factio non privati, ſed publici juris eſt. Man muß dieſe Stelle nicht, wie gemeiniglich geſchieht, blos auf die Frage einſchränken, wer ein Teſtament machen könne. Ihre Abſicht geht weiter, und auch auf Erben, innere und äuſſere Solennitäten u. ſ. w.

§. 13. Man kann ein Teſtament mündlich und ſchriftlich errichten. Doch wird bey Ernennung des Landesfürſten oder ſonſtiger vornehmer Perſonen zum Erben das ſchriftliche Teſtament dem mündlichen vorgezogen. L. 5. C. Th. de teſtam. Nolumus convelli deficientium ſcriptas jure et ſolenniter voluntates, dum quoddam morientis ſupremum et non adſcriptum proceſſiſſe confirmatur arbitrium, tamquam patrimonium ſuum ad nos deficiens maluerit pertinere. Omnibus enim privatis et militantibus interdicimus, ne hujusmodi perhibeant teſtimonia: et falſi criminis reos teneri praecipimus, ſi cum ſcriptae jure ac legitimae deficientium exſtiterint voluntates, non ſcriptum aliquid ſub Noſtrorum Nominum mentione falſo adſtruere moliantur. Nemo itaque relictus vel legibus ad ſucceſſionem vocatus Noſtrum vel potentium nomen horreſcat: nemo ferre teſtimonia in hunc modum, vel ſuſcipere geſtis hujusmodi voces audeat;

Noſtrorum vel etiam privatorum Potentium nomine. Maneat arbitrium, quod vera etſi ſolennis ſcriptura commendat: excludatur, ſiquid adverſus eam, vel deficientis animum, ſub deferenda hereditate noſtrae Perennitati, per teſtimonia non ſcripta et falſo contexta adſeveratur. Nemo ſcriptis proprium auferat robur et non ſcriptis ſub praetextu Noſtri vel Potentium nominis, ingerat firmamentum. Der Sinn der Verordnung iſt, daß angeführte mündliche Veränderungen eines geſchriebenen Teſtaments, welche zum Vortheil des Kaiſers oder anderer Großen gereichen, nicht in Betracht kommen ſollen. Aller Civil- und Militär-Perſonen Zeugniß wird dabey verworfen. Relictus iſt ein fremder Teſtaments-Erbe, und dem geſetzlichen Erben entgegen geſetzt. Suſcipere geſtis heiſt zum gerichtlichen Protocoll aufnehmen. Es ſoll auch über ſolche mündliche Aenderungen gerichtlichen Protocollen nicht geglaubt werden. Arbitrium heißt ein Teſtament. Sub deſerenda etc. indem Uns (noſtrae Perennitati) die Erbſchaft vermacht worden ſeyn ſoll. Es ſcheint zwar, als wenn nur erdichteten Aenderungen die Gültigkeit genommen werde. Aber woher will man wiſſen, ob ſie erdichtet ſind? Daher bleibt es mit Recht bey unſerer gegebenen Erklärung. Man glaubt, daß Iuſtinian im L. 20. C. de teſtam. die Stelle verändert und von ungültigen mündlichen Veränderungen erklärt. Dadurch wäre dieſe Conſtitution des Theodoſius ganz aufgehoben. Man ſehe Faber Err. pragm. D. 68. E. 1. 2. Es iſt aber unrichtig. Die Stelle im Cod. Iuſt. lautet folgendergeſtalt: Nolumus convelli deficientium ſcriptas jure ac ſolenniter voluntates, dum quoddam morientis ſupremum, et non ſcriptum proceſſiſſe confirmatur arbitrium, tamquam patrimonium ſuum ad nos deficiens maluerit pertinere. Omnibus enim privatis et militantibus interdicimus, ne hujusmodi perhibeant teſtimonia;

monia: et falſi criminis reos teneri praecipimus, ſi cum ſcriptae jure ac ſolenniter deficientium exſtiterint voluntates, non ſcriptum aliquid ſub noſtrorum nominum mentione falſo adſtruere moliantur. Nemo itaque relictus heres, vel legibus vocatus noſtrum vel potentium nomen horreſcat: nemo ferre teſtimonia in hunc modum, vel ſuſcipere in geſtis hujusmodi voces audeat noſtro, vel etiam privatorum potentium nomine. A. Faber behauptet l. c. ein ſchriftlich Teſtament könne allerdings ſowohl durch ein mündlich, als ſchriftliches neues Teſtament aufgehoben werden, obgleich viele das erſtere geleugnet. Nur müſſe dem zweyten Teſtamente, wenn es mündlich iſt, eine ausdrückliche Widerrufung des erſtern beygefügt werden. Bey dem Landesfürſten und andern Großen ſey die mündliche Widerrufung gar nicht zuläßig. Die Gründe aber, warum er eine beſondere Widerrufung des ältern geſchriebenen Teſtaments bey einem neuern mündlichen erfordert, ſind nicht erheblich. Es iſt hier praeſumptio juris et de jure für die Falſchheit der Ausſage. Iſt das erſtere Teſtament ein nuncupativum, ſo darf die Verordnung nicht angewandt werden. Faber l. c. E. 6. Wenn auch ein Notarius ein Inſtrument über das neuere mündliche Teſtament aufſetzt, ſo hilft es nicht. E. 9. A. Faber iſt ſo ſtreng, daß, wenn auch das jüngere Teſtament einen andern, als den Fiſcus, zu Erben hat, und nur dem Fiſcus ein Legat darin vermacht iſt, er nicht nur dieſes, ſondern auch die Erbeinſetzung nicht gelten laſſen will. E. 10. wovon aber kein hinlänglicher Grund vorhanden iſt.

§. 15. Wenn man es ſchriftlich macht, ſo kann deſto weniger Ungewißheit ſeyn. Solche zu vermeiden, kann man mehrere Aufſätze von einerley Art verfertigen, damit, wenn das eine verlohren geht, das andere noch da ſey. L. 24. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Unum teſta-

teſtamentum pluribus exemplis conſignare quis poteſt. Idque interdum neceſſarium eſt. Forte ſi navigaturus et ſecum ferre, et relinquere judiciorum ſuorum teſtationem velit. §. 12. I. de teſtam. ordin. Sed et vnum teſtamentum pluribus codicibus conficere quis poteſt, ſecundum obtinentem tamen obſervationem omnibus factis. Quod interdum etiam neceſſarium eſt; veluti ſi quis navigaturus et ſecum ferre et domi relinquere judiciorum ſuorum conteſtationem velit, vel propter alias innumerabiles cauſas, quae humanis neceſſitatibus imminent. Iudiciorum teſtatio in L. 24. iſt ſo viel, als teſtamentum. Secundum obtinentem tamen obſervationem omnibus factis in §. 3. heiſt: jedoch ſo, daß alles beobachtet werde, was bey Errichtung der Teſtamente vorgeſchrieben iſt. L. 24. iſt in den Baſilicis wunderbar überſetzt, daß man nicht weiß, wo die Ueberſetzung herkommt. Es heiſt daſelbſt: Εῤῥωται ἡ διαθηκη ἣν ὁ διαθεμενος αποσφραγισας παρεσκευασεν ὑπο ἑπτα ἡ πεντε μαρτυρων αναςφραγιθηναι. Valet teſtamentum, quod reſignavit teſtator et a ſeptem vel quinque teſtibus iterum ſignari curavit.

§. 16. Es iſt, wenn man ein ſchriftlich Teſtament macht, gleichgültig, ob man es ſelbſt aufſetzt, oder ob man dazu einen andern gebraucht, der es ſchreibe. Bey dieſem Schreiber ſind ferner keine beſondere Eigenſchaften veſtgeſetzt. Ein jeder ſchickt ſich dazu, der eine leſerliche Hand hat. L. 28. qui teſtam. fac. poſſ. Servus, licet alienus juſſu teſtatoris, teſtamentum ſcribere non prohibetur. Die Knechte wurden überhaupt faſt zu allen Schreibereyen gebraucht. Es war alſo natürlich, daß man ſich ihrer bey Teſtamenten auch bediente.

§. 17. Die Zeit, wenn ein Teſtament zu errichten, iſt nicht beſtimmt. Daher kann ſolches ſo gut zu jeder Zeit des

des Tages, als auch unter gehöriger Fürſicht, des Nachts geſchehen. L. 22. §. 6. Qui teſtam. fac. poſſ. Poſſe et nocte ſignari teſtamentum, nulla dubitatio eſt. Wird es aber bey Nacht gefertigt, ſo iſt nach den unten vorkommenden Verordnungen nöthig, daß ſich hinlängliche Erleuchtung finde, um alles genau beobachten zu können, was vorgeht.

§. 18. Es verſteht ſich übrigens, daß wenn das Teſtament beſtehen ſoll, es zu ſeiner gehörigen Vollſtändigkeit gekommen ſeyn müſſe. Hat der Erblaſſer angefangen, ſeine Verfügung zu machen, es ſollte aber erſt noch allerley hinzukommen, ſo dem Verordneten erſt ſeine nähere Beſtimmung, Erläuterung und Einſchränkung geben ſolle, und, ehe ſolches hinzugethan worden, iſt der Erblaſſer geſtorben: ſo iſt die Verordnung weder halb noch ganz, iſt unreif und, der Abſicht des Erblaſſers gemäß, noch von keiner Würkung. L. 25. Qui teſtam. fac. poſſ. Si quis, qui teſtamentum heredibus primis nuncupatis, prius quam ſecundos exprimeret heredes, obmutuiſſet: magis coepiſſe eum teſtamentum facere, quam feciſſe, Varus digeſtorum libro primo Servium reſpondiſſe ſcripſit. Itaque primos heredes ex teſtamento non futuros. Labeo tum hoc verum eſſe, exiſtimat, ſi conſtaret, voluiſſe plures eum, qui teſtamentum feciſſet, heredes pronunciare. Ergo nec Servium puto aliud ſenſiſſe. L. 29. pr. eod. Ex ea ſcriptura, quae ad teſtamentum faciendum parabatur, ſi nullo jure teſtamentum perfectum eſſet, nec ea, quae fideicommiſſorum verba habent, peti poſſe. Die letzte Stelle erklärt A. Faber Error. pragm. D. 35. E. 8. vom Teſtamento ratione ſolennitatum imperfecto. Inzwiſchen nimmt er noch aus L. 24. de teſtam. mil. einen ſtarken Grund für unſern Satz her. Link diſſ. VI. de teſtam.

quoad

quoad volunt. imperf. Kortholt de e. q. e. c. condit. quam teſtator inſerere deſtinavit, neque tamen inſeruit.

§. 19. Hat jedoch der Erblaſſer die Hauptſache vollendet und nur in einigen Neben-Punkten noch etwas verfügen wollen, woran er aber durch den Tod verhindert worden, ſo ſchadet der Abgang dieſer auſſerweſentlichen Neben-Punkte der ſchon vorhandenen Hauptſache nicht L. 8. C. de Inſtitut. et ſubſt. ſub cond. Si teſtamentum ita ſcriptum inveniatur. Ille heres eſto ſecundum conditiones infra ſcriptas; ſiquidem nihil eſt adjectum, neque alia conditio in teſtamento poſita eſt: ſupervacuam eſſe conditionum pollicitationem ſancimus, et teſtamentum puram habere inſtitutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus reſpondit vicos reipublicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommiſſo minus deberi, quod teſtator fines eorum, et certaminis formam, quod celebrari ſingulis annis voluit, alia ſcriptura ſe declaraturum promiſit, ac poſtea morte praeventus non fecit. Sive autem conditiones quasdam in quavis parte teſtamenti poſuit, nunc videri ab initio conditionalem eſſe inſtitutionem, et ſic omnia compleri, tamquam ſi teſtator ipſas inſtitutiones eisdem conditionibus copulaſſet, quae infra conſcriptae ſunt. Das Reſponſum des Papinian, worauf ſich bezogen wird, ſteht L. 75. §. vlt. ff. de Leg. 2. Dieſe Stelle ſcheint zwar dem L. 9. §. 5. ff. de hered. inſt. zu widerſprechen. Dort iſt aber von einem Irrthume des Erblaſſers die Rede, der eine Ungültigkeit macht. In unſerer Stelle hingegen kommt kein Irrthum vor. Donell meynt, der Erblaſſer habe in unſerer Stelle ſich in der Folge geändert und um deswillen die Bedingung weggelaſſen, worauf er ſich im Anfange bezog, in L. 9. §. 5. de her. inſt. aber komme dieſe Willensveränderung nicht vor. Dieſe Erklä-

rung paßt jedoch zu dem Zuſammenhange nicht. Die Worte: morte praeventus geben hier den Aufſchluß, von was für einem Falle die Rede ſey. A. Faber hält die Verordnung Iuſtinians für abentheuerlich, und dem gar nicht ähnlich, was Papinian gelehrt. Err. pragm. D. 35. E. 9. Er glaubt nicht einmal, daß ſie den Rechten gemäß, wenn auch der Erblaſſer ſeinen Willen geändert, und nur ſolches feyerlich bekannt zu machen vergeſſen hätte. Der Tadel des Geſetzgebers hat jedoch keinen Nutzen und die erweißliche Willensänderung müſte nach der Analogie allerdings in Obacht genommen werden, wenn gleich ſolche im Teſtamente nicht bemerkt worden.

§. 20. Der Inhalt des Teſtaments iſt der Willkühr des Erblaſſers überlaſſen. Jedoch verſteht es ſich von ſelbſt, daß er, wie bey keiner Privatdiſpoſition zuläßig iſt, gegen die verbietenden Geſetze nichts befehlen könne. L. 13. C. de teſtam. Teſtandi cauſa de pecunia ſua legibus certis facultas eſt permiſſa, non autem Iurisdictionis mutare formam, vel juri publico derogare cuiquam permiſſum eſt. Donell verſteht unter der forma jurisdictionis, die Form eines Teſtaments. Obgleich dieſe Erklärung möglich iſt; ſo iſt doch kein Grund vorhanden, ehen hiervon das Geſetz zu verſtehen, und man kann bey den Worten bleiben.

§. 21. Dasjenige, was bey einem Teſtament zu beobachten iſt, hat jeder zu beobachten, ſo lange er nicht eine beſondere Befreyung davon nachweiſen kann. Wenn Jemanden von der Landesherrſchaft die Erlaubnis zu einem Teſtamente gegeben worden, der ſie an ſich nicht hatte; ſo iſt ſolche nicht weiter zu verſtehen, als daß er überhaupt ein Teſtament machen könne. Die ſonſtigen Beobachtungen aller Teſtamente bleiben, wie ſie durch die Geſetze vorgeſchrieben ſind. L. 35. pr. C. de

inoff.

inoff. teſtam. Si quando talis conceſſio imperialis proceſſerit, per quam libera teſtamenti factio conceditur: nihil aliud videri principem concedere, niſi ut habeat legitimam et conſuetam teſtamenti factionem. Neque enim credendum eſt, Romanum principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam obſervationem teſtamentorum multis vigiliis excogitatam velle everti.

§. 22. Jeder kann ſich ſelbſt nur einen Erben ernennen. Andern dergleichen zu ſetzen, geht nicht an. Daher muß ein Teſtament, worin ſolches geſchehen, entweder auf eine Art erklärt werden, daß der Erbe das Vermögen von dem Teſtirer ſelbſt erhalte, oder wenn dies nicht geſchehen kann; ſo iſt die Diſpoſition ungültig. L. 14. C. de heredib. inſtit. Cum in libris Vlpiani, quos ad Maſurium Sabinum ſcripſit, talis ſpecies relata ſit, hanc apertius expedire nobis viſum eſt. Quidam teſtamentum faciens ita inſtituit: Sempronius Plotii heres eſto. Veteres quidem exiſtimabant, errorem nominis eſſe, et ſic inſtitutionem valere, quaſi teſtator Plotius nominaretur, et Sempronius ſibi ſcripſiſſet heredem. Sed hujusmodi ſententiam craſſiorem eſſe exiſtimamus. Neque enim ſic homo ſupinus, imo magis ſtultus invenitur, vt ſuum nomen ignoret, ſed ſi quidem ipſe teſtator Plotio cuidam heres exſtitit, manifeſtum eſt, ſibi Sempronium heredem inſtituiſſe, ut per mediam ipſius teſtatoris perſonam, Plotii heres efficiatur. Et hoc argumentamur ex antiqua regula, quae voluit, heredem heredis, teſtatoris eſſe heredem. Sin autem nihil tale factum eſt, ſupervacuam et inanem hujusmodi inſtitutionem eſſe: niſi prius herede Plotio ſibi inſtituto, ſic adjecerit: Sempronius Plotio heres eſto. Tunc etenim exiſtimandum eſt, eum dixiſſe, ſi non Plotius heres ſibi fuerit, tunc Sempronium in totum partemve Plotii ex ſubſtitutione vocari, ita ut ex conſequentia verborum Plotius quidem inſtitutus, Sempronius autem ſubſtitutus

inve-

inveniatur. Sin autem neque ipſe teſtator, Plotio heres exſtitit, neque Plotium heredem antea ſcripſit, et ſic Sempronium Plotium heredem eſſe voluit: nullius eſſe momenti talem inſtitutionem, cum non eſt veriſimile, in ſuum nomen quemquam erraſſe.

§. 23. Der Erblaſſer muß ſich übrigens keiner zweifelhaften und undeutlichen Ausdrücke bedienen. Sonſt fällt, wenn nicht heraus zu kommen, die Verordnung weg. L. 3. de Reb. dub. In ambiguo ſermone non vtrumque dicimus, ſed duntaxat id, quod volumus. Itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox ſignificat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

§. 24. So lange man herauskommen kann, muß man einen Sinn herauszubringen ſuchen und zugleich dahin ſehen, wo die Abſicht des Teſtirers hingegangen ſeyn kann. Homb. Z V. Pr. de vlt. vol. ex veriſim. mente teſtat. ad caſus incogitat. extendend. v. Muyden ad L. 12. ff. de R. J. Bauer de vi L. 96. de R. I. in teſt. interpr. L. 21. de reb. dub. Vbi eſt verborum ambiguitas, valet, quod acti eſt, veluti cum Stichum ſtipuler et ſint plures Stichi, vel hominem, vel Carthagini, cum ſint duae Carthagines: ſemper in dubiis id agendum eſt, vt quam tutiſſimo loco res ſit bona fide contracta: niſi cum aperte contra leges ſcriptum eſt.

§. 25. Es ſoll auch zugleich dahin geſehen werden, daß dem, für den der Erblaſſer geſorgt, die Verlaſſenſchaft auf möglichſte Art vortheilhaft ſey. Beyde Rückſichten, dieſe letzte und die im vorigen §. nemlich, lehrt auch L. 24. eod. Cum in teſtamento ambigue, aut etiam perperam ſcriptum eſt: benigne interpretari, et ſecundum id, quod credibile eſt cogitatum, credendum eſt.

§. 26. Es iſt alſo hier eine andere Erklärung anzunehmen, wie bey Kontracten, wo allemal gegen den, welcher ſich Vortheile ausgemacht hat, die Erklärung gemacht wird, weil inter vivos keine Freygebigkeit zu vermuthen iſt. L. 26. eod. Cum quaeritur, in ſtipulatione quid acti ſit: ambiguitas contra ſtipulatorem eſt.

§. 27. Die beſte Erklärung eines Teſtaments iſt die, welche der Erblaſſer ſelbſt macht. Sie ſteht ihm allemal frey, und iſt an keine Feyerlichkeiten gebunden. Genug, daß ſie erweislich iſt L. 21. §. 1. Qui teſtam. fac. poſſ. Si quid poſt factum teſtamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda ſunt. Quod vero quis obſcurius in teſtamento vel nuncupat vel ſcribit, an poſt ſolennia explanare poſſit, quaeritur. Vtputa Stichum legaverat, cum plures haberet, nec declaravit de quo ſentiret. Titio legavit, cum multos Titios amicos haberet. Erraverat in nomine vel praenomine vel cognomine, cum in corpore non erraſſet. Poteritne poſtea declarare, de quo ſenſerit? Et puto poſſe. Nihil enim nunc dat, ſed datum ſignificat. Sed et ſi notam poſtea adjecerit legato, vel ſua voce, vel litteris, vel ſummam, vel nomen legatarii, quod non ſcripſerat, vel numorum qualitatem, an recte fecerit? Et puto, etiam qualitatem numorum poſſe poſtea addi. Nam etſi adjecta non fuiſſet, vtique placeret, conjectionem fieri ejus, quod reliquit, vel ex vicinis ſcripturis, vel ex conſuetudine patrisfamilias vel regionis. Conjectio iſt ſo viel, als conjectura. Vicinae ſcripturae ſind die übrigen Stellen im Teſtament. Omnia ex integro facienda ſunt, iſt in dem Falle wahr, da in der Erbeinſetzung was geändert und ein neuer Erbe ernannt, oder die Art der Erbeinſetzung geändert werden ſoll. Siegel de teſtatore vol. ſuae interprete.

§. 28. Ein Irrthum macht, wie bey allen Handlungen, alſo auch bey Teſtaments-Verordnungen eine Ungültigkeit. Conradi de vol. teſtat. dub. obl. err. in nom. vel demonſtr. L. 25. pr. de lib. et poſt. Titius teſtamento heredem inſtituit, et filium habens, ſic exheredationem poſuit: *caeteri omnes filii, filiaeque meae exheredes ſunto.* Paulus reſpondit, filium recte exheredatum videri. Poſtea conſultus, an videatur exheredatus, quem pater putavit deceſſiſſe, reſpondit filios et filias nominatim exheredatos proponi. De errore autem patris, qui interceſſiſſe proponitur, apud judicem agi oportere. L. 4. C. de hered. inſtit. Si pater tuus cum quaſi filium ſuum heredem inſtituit, quem falſa opinione ductus, ſuum eſſe credebat, non inſtituturus, ſi alienum noſſet, isque poſtea ſubditus eſſe oſtenſus eſt: auferendam ei ſucceſſionem, divorum Severi et Antonini placitis continetur. Subditus iſt in L. 4. ſo viel als Suppoſitus. Der Teſtirer hatte nach dem Anfange der erſtern Stelle nur einen Sohn. Dieſer konnte ohne beſondere Benennung enterbt werden, und es war doch eine namentliche Benennung. Töchter hatte er vielleicht mehrere. Solche war erlaubt, allgemein und inter caeteros zu enterben. Hatte er nur eine Tochter, ſo war auch dieſe namentlich enterbt. Wenn der Vater geglaubt, ſein Sohn ſey geſtorben, ſo hatte er mit der Enterbung nichts weiter anzeigen wollen, als daß ſolcher nichts erhalte, weil er todt ſey. War er würklich todt, ſo paßirte der Ausdruck, ob er gleich uneigentlich war. Lebte er noch, ſo war ein Irrthum vorhanden, deshalb das Teſtament angetaſtet werden konnte.

§. 29. Auf dieſem Grunde, daß der Irrthum eine Ungültigkeit mache, beruhet auch L. 92. de hered. inſtit. Pactumejus Androſtenes Pactumejam Magnam, filiam Pactumeji Magni, ex aſſe heredem inſtituerat:

 eique

eique patrem ejus ſubſtituerat. Pactumejo Magno occiſo, et rumore perlato, quaſi filia quoque ejus mortua, mutavit teſtamentum; Noviumque Rufum heredem inſtituit, hac praefatione: *Quia heredes quos volui habere mihi, continere non potui, Novius Rufus heres eſto.* Pactumeja Magna ſupplicavit Imperatores noſtros, et cognitione ſuſcepta, licet modus inſtitutioni contineretur, quia falſus non ſolet obeſſe, tamen ex voluntate teſtantis putavit Imperator ei ſubveniendum. Igitur pronunciavit, hereditatem ad Magnam pertinere. Sed legata ex poſteriore teſtamento eum praeſtare debere, proinde atque ſi in poſterioribus tabulis ipſa fuiſſet heres ſcripta. Modus iſt hier ſo viel, als cauſa, quae, licet falſa, non ſolet obeſſe. Die Legata gründeten ſich auf keinen Irrthum, nur die Erbeinſetzung. So iſt beſſer der Grund, warum die Legata gelten anzugeben, als ſolchen A. Faber vorgeſtellt. Error. pragm. D. 20. E. 9. Pactumejum Magnum hat Commodus umbringen laſſen, daher ſich ſeine Tochter verſteckt halten müſſen, bis ſie ſich unter Severo entdeckte. Ipr. R. et Att. Tom. 2. p. 755. Adrian hatte auch ſchon dergeſtalt entſchieden. L. cum mater. ff. de inoff. teſt.

§. 30. Der Zwang macht natürlicher Weiſe, wie alle Willenserklärungen, alſo auch die Teſtamente ungültig. L. 1. C. ſi quis aliq. teſt. proh. Civili diſceptationi crimen adjungitur, ſi teſtator non ſua ſponte teſtamentum fecit, ſed compulſus ab eo, qui heres eſt inſtitutus, vel a quolibet alio, quos noluit, ſcripſit heredes. Fälſchlich rechnet A. Faber den Fall, wo Zwang oder Betrug gebraucht worden, zu den Fällen, wo die Erbſchaft dem Erben, der dieſe Gefährde gebraucht hat, als einem Unwürdigen von dem Fiſco entriſſen wird. Err. pragm. D. 38. E. 3. da er nur zugiebt, daß, wenn im actu teſtandi

fraudi ſelbſt Gefährde vorkommt, eine Ungültigkeit entſtehe. Die Analogie iſt ſchlechthin wider dieſe Meynung. Er will den Inteſtat-Erben nur eine Intereſſen-Klage gegen den, der die Gefährde angewendet hat, geſtatten l. c. und wenn ſolcher nicht ſolvendo iſt, nicht einmal gegen den Fiſcus einen Anſpruch einräumen. E. 4. Intereſſen-Klage iſt nicht ſtatt der Foderung der Sache ſelbſt anzuweiſen, wo dieſe noch ſtatt haben kann. Der Inteſtat-Erbe kann darunter nicht leiden, daß ein anderer den Erblaſſer mit Zwang zum Teſtamente gebracht hat, alſo muß nothwendig dieſem die Erbſchaft zufallen und die Erbeinſetzung blos ungültig ſeyn. Daß auch eines Dritten Zwang und Gefährde hier ſo gut ſey, als des ernannten Erben eigene, iſt übrigens richtig E. 6.

§. 31. Ungeſtümes Zudringen iſt einem Zwange gleich zu achten. Zoller vtrum teſtam. importan. ſollicit. fact. val. Liebkoſungen hingegen ſind für einen ſolchen Zwang, womit der Erbe den Erblaſſer zur Ungebühr genöthigt, nicht zu halten. Zoller de teſtam. quod quis blandit. invitat. condidit. L. 3. C. Si quis aliq. teſt. prohib. Iudicium vxoris poſtremum in ſe provocare maritali ſermone, non eſt criminoſum.

§. 32. Es kommt, wie ſchon oben §. 8. vorgekommen, bey dem Teſtamente nicht darauf an, was der Teſtirer davon geſagt, oder was er ihm für eine Benennung beygelegt, ſondern lediglich darauf, was dabey geſchehen iſt und geſchehen ſollen. Iſt das, was geſchehen, zu Rechte beſtändig, oder nicht, ſo hängt davon die Gültigkeit und Beurtheilung der Verordnung ab, ſie mag genannt ſeyn, wie ſie wolle, und es mag dabey vom Erblaſſer geredet und behauptet ſeyn, was da wolle. L. 3. C. Th. de teſtam. vel codic. Teſtamentum non ideo infirmari debebit, quod diverſis hoc deficiens nominibus apellavit: cum ſuperflua non noceant: prae-

termiſſa namque neceſſaria, non abundans cautela, vel contractus imminuit, vel teſtatoris officit voluntati. Nec patimur fidem conditi arbitrii ob hoc debere convelli, ſi aut majorem in principio ſignatorum aut minorem aut nullum numerum conditor ſuae praedixerit voluntati, cum quinque huic, non ignari ſubſcripſerint teſtamento: licet non eisdem ſeries fuerit recenſita, ſed his, qui extremum diſponit arbitrium, obſignandum porrexerit teſtamentum Nec enim novum promulgamus, ſed Divi Conſtantini ſanctionem et inclytae recordationis ſententiam patris ſerenitatis noſtrae, noſtraque ſuper hujusmodi cauſa, quae ſunt ex antiquioribus propagata, ſecuti decreta, ſtatuimus, iis, qui extremas ordinant voluntates, haec eſſe ſervanda, vt et praeſentes videant ſubſcriptores, et ii, cur venerint, non ignorent, etiamſi iisdem ſcripturae continentia non fuerit intimata. Nec ſi quid ex munificentia morientis fuerint conſecuti, infructuoſum facient teſtamentum; cum hoc auctorem prudentiſſimum Iuriſconſultorum non ſit ambiguum Scaevolam comprobaſſe. L. 17. C. Iuſt. de teſtam. Teſtamentum non ideo infirmari debebit, quod diverſis hoc deficiens nominibus appellavit, cum ſuperflua non noceant. Namque neceſſaria praetermiſſa imminuunt contractus et teſtatoris officiunt voluntati, non abundans cautela. Die Stelle des Cod. Iuſt. iſt der erſte Theil der Verordnung des Arcadius, die andern beyden ſind weggelaſſen. Etiamſi iisdem ſcriptura etc. lehrt, daß die Zeugen den Inhalt des geſchriebenen Teſtaments nicht zu wiſſen brauchen. Es iſt dies merkwürdig, weil Theod. Iun. ſich ſonſt in ſeiner Nov. 9. beym Cod. Theod. die Verordnung hierüber, als eine neue Sache, beyzulegen ſcheint. Vorher muß es alſo anders gehalten worden ſeyn. Das Ende lehrt, daß auch Zeugen des Teſtaments aus dem Teſtamente etwas erhalten können. Nur Erbe und Zeuge geht nicht

zugleich an. Von der Conſtitution des Conſtantin, worauf die Stelle weiſt, iſt nichts vorhanden. Deficiens iſt der Erblaſſer.

§. 33. Bey jedem Teſtament muß die Verordnung der Geſetze beobachtet werden. Iſt ſolche bey Seite geſetzt, ſo gilt das Teſtament nicht, und wenn auch der Landesfürſt darin zu Erben ernannt wäre. §. 8. I. quib. mod. teſtam. infirm. Eadem oratione expreſſit, non admiſſurum ſe hereditatem ejus, qui litis cauſa principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipſe ob eam cauſam heres inſtitutus erat, probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admiſſurum: neque ex vlla ſcriptura cui juris auctoritas deſit, aliquid adepturum. Secundum hoc divi Severus et Antonius ſaepiſſime reſcripſerunt. Licet enim (inquiunt) legibus ſoluti ſimus, attamen legibus vivimus. Nuda voce erklärt A. Faber Err. pragm. D. 68. E. 3. vom teſtamento nuncupativo ſolenni. Die Worte: ob eam cauſam hält er E. 4. für unächt. Unter der ſcriptura, cui juris autoritas deſit, verſteht er codicillos ſcriptos teſtamento non confirmatos. Weil aber erſt Honor. und Theod. L. 20. C. de teſtam. verordnet haben, daß die Teſtamente zu Gunſten des Fiſcus nicht ſollen wiederrufen werden können, als durch ein ſchriftliches Teſtament, ſo kann nuda voce wohl nicht erklärt werden, wie von A. Faber geſchehen. Auch iſt die Erklärung der Worte: ſcriptura, cui juris auctoritas deſit nicht erwieſen cf. l. c. E. 5. Der Grund, warum die neuere Verordnung L. 20. C. gemacht ſeyn ſoll, weil in der Verordnung des Pertinacis noch nichts von Potentioribus geſtanden, und weil dieſe nur für die Inteſtat-Erben geſorgt, daher für die Teſtamentserben noch Sicherheit verſchafft werden müſſen, davon E. 7. 8., iſt nur alsdenn anzunehmen, wenn erſt ausgemacht iſt, daß Pertinax

das verordnet habe, was er nach dieſem Verfaſſer verordnet haben ſoll. Es ergiebt ſich alſo, daß Pertinax zweyerley verordnet 1) ne fiſcus litis cauſa inſtituatur, 2) ne teſtamento forma deſtituto fiſcus inſtituatur, Baker ad Reſcripta Pertinacis, Schott. de vita et Conſtitut. Pertinac.

Zweytes Kapitel.

Perſonen, die teſtiren können.

§. 34. Leibeskräfte ſind zur Teſtamentsfähigkeit des Erblaſſers nicht erfoderlich. §. 35. Aber Seelenkräfte und Vernunft. Von Zwiſchenzeiten der Vernunft. §. 36. Nachherige Vernunftloſigkeit ſchadet nicht. §. 37. Wer in der Krankheit fantaſirt, darf nicht teſtiren. §. 38. Teſtament des erklärten Verſchwenders. §. 39. Des gebeſſerten Verſchwenders. §. 40. Von tauben und ſtummen Perſonen. Aeltere Zeit. §. 41. Ehemals hatten ſie Diſpenſation nöthig. §. 42. Juſtinians Verordnung. §. 43. Von Blinden. §. 44. Verſtümmelung ſchadet nicht. §. 45. Auch nicht Kaſtration. §. 46. Vom erforderlichen Alter des Teſtirers. §. 47. Teſtamentsfähigkeit der Frauenzimmer. §. 48. Allgemeine Verordnung wegen der Teſtamentsunfähigkeiten. §. 49. Wie fern Knechte teſtiren können. §. 50. Kriegsgefangene. §. 51. Gültigkeit des in der Gefangenſchaft gemachten Teſtaments nach der Befreyung. §. 52. Von der Gefangenſchaft nach gemachtem Teſtamente. §. 53. Von ſolchen, die Räubern in die Hände gefallen. §. 54. Von Geiſſeln. §. 55. Von damnatis ad ferrum, beſtias und metalla. §. 56. Von Exilio und Deportation. §. 57. Von Relegation und zeitiger Verurtheilung ad opus publicum. §. 58. Neueſte Grundſätze. §. 59. Von dem, welcher vor der Verurtheilung ſich entleibt hat, oder eines natürlichen Todes geſtorben. §. 60. Wenn nach der Verurtheilung bey noch unerledigter Appellation ſolches geſchehen. §. 61. Von Latinis Iunianis und Dedititiis. §. 62. Von Filiisfamilias. §. 63. Juſtinians Verordnung vom peculio quaſi caſtrenſi. §. 64. Der Vater, den ſein Sohn in peculio zum Erben ernennt, muß die Bedingungen des Teſtaments erfüllen. §. 65. Wer nicht weiß, daß er von frem-

fremder Gewalt befreyt iſt, kann nicht teſtiren. §. 66. Nachherige Befreyung von der Gewalt macht das Teſtament nicht gültig. §. 67. Inteſtabiles können nicht teſtiren. §. 68. Von Apoſtaten, Kätzern und Blutſchändern. §. 69. Von Geſandten. §. 70. Von ſolchen, die mit andern in Gemeinſchaft des Vermögens ſtehen.

§. 34.

Nicht Jedem iſt es erlaubt ein Teſtament zu machen. de Jong de perſon. jus teſtam. non habent. de Rathe de his qui teſtam. fac. poſſ. l. non. Scherz de perſon. quae teſtari non poſſ. Stryk de prohib. teſtam. Cav. de iis, qui teſtam. fac. vol. Manche ſind ſchon nach der Vernunft dazu untüchtig, andere haben die Geſetze erſt dazu unfähig erklärt. Der Grund liegt entweder in Mängeln der Seele, oder des Leibes, oder in dem äußern Verhältnis der Perſon. Stärke der Kräfte iſt nicht erfoderlich. Auch ein Kranker, der ſehr hinfällig iſt, kann, wenn er nur ſeine Seelenkräfte noch hat, dennoch ſeinen letzten Willen gültig errichten. Eben dies gilt von dem älteſten Greiſe, ſo lange er noch nicht ganz kindiſch geworden L. 2. ff. qui teſtam. fac. poſſ. In eo, qui teſtatur, ejus temporis, quo teſtamentum facit, integritas mentis, non corporis ſanitas exigenda. L. 3. pr. C. eod. Senium quidem aetatis vel aegritudinem corporis, ſinceritatem mentis tenentibus, teſtamenti factionem certum eſt non auferre.

§. 35. Die Seelenkräfte zu einer vernünftigen Verordnung müſſen alſo da ſeyn. Leute ohne Vernunft können keine Teſtamente machen, wenn ſie zu der Zeit ohne Vernunft ſind, da die Handlung vorgenommen wird. Caji Inſtut. L. 2. tit. 2. §. 3. Item et hi, qui furioſi, id eſt, mente inſani fuerint, non poſſunt facere teſtamenta. Sed hi, qui inſani ſunt, ſi intervalla ipſius inſaniae habent, per intervalla, quibus ſani ſunt, poſſunt facere teſtamenta. Paul. Sent. L. 3. tit. 4. a de teſtam.

§. 5. Furioſus tempore intermiſſi furoris teſtamentum facere poteſt. L. 9. C. qui teſtam. fac poſſ. Furioſum in ſuis induciis vltimum condere elogium poſſe, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit. Nunc autem hoc decidendum eſt, quod ſimili modo antiquos animos movit, ſi coepto teſtamento furor eum invaſit. Sancimus itaque, tale teſtamentum hominis, qui in ipſo actu teſtamenti adverſa valetudine tentus eſt, pro nihilo eſſe. Si vero voluerit in dilucidis intervallis aliquod condere teſtamentum, vel vltimam voluntatem, et hoc ſana mente incoeperit facere, et conſummaverit, nullo tali morbo interveniente; ſtare teſtamentum, ſive quamcunque vltimam voluntatem, cenſemus: ſi et alia omnia acceſſerint, quae in hujusmodi actibus legitima obſervatio requirit. Wenn alſo derjenige, welcher ſonſt der Vernunft beraubt iſt, Zwiſchenzeiten hat, wo er ſeines Verſtandes vollkommen mächtig iſt; ſo kann er in dieſen Zwiſchenräumen ſein Teſtament gültig vortragen. Nur muß die Zeit des Verſtandes nach L. 9. C. ſo lange anhalten, bis die ganze Handlung vollendet iſt. Kommen Anwandelungen der Vernunftloſigkeit mitten unter und zwiſchen der Handlung vor; ſo fehlt die erfoderliche Continuität, und die Verordnung gilt nicht. Es iſt denn auch zweifelhaft, wo die Vernunft wieder angefangen und aufgehört habe. Retro principes ſind die vorigen Kaiſer. Antiqui animi ſind die Köpfe der alten Rechtsgelehrten. Adverſa valetudine tentus, heiſt von den Anfällen der Verſtandes-Verwirrung ergriffen. Die Juriſten in den Pandecten waren darin uneinig, ob, wenn in actu teſtandi ſich der Unſinn einfand, aber hernach wieder aufhörte, daher in dem, was vorher angefangen war, wieder fortgefahren wurde, das Teſtament nicht gelten müſſe, weil eine Interruption, durch Schwachheiten auf eine kurze Zeit, nicht hindere. Eben ſo waren die Juriſten uneinig, ob eine

eine Handlung, ſo zur Zeit des dilucidi intervalli unternommen wurde, gültig ſey. Man ſehe davon Merill. ad Quinquag. Dec. h. l.

§. 36. Da alſo ein Menſch, den Unvernunft von Zeit zu Zeit anwandelt, in ſeinen guten Stunden ſogar ein Teſtament machen kann; ſo iſt natürlich, daß eines völlig vernünftigen Erblaſſers Verordnung dadurch nicht ungültig werden könne, daß er in der Folge ſeinen Verſtand verlohren hat. Dieſe nachherige Veränderung hat mit der vorigen Teſtaments-Handlung keinen Zuſammenhang L. 20. §. 4. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Ne furioſus quidem teſtis adhiberi poteſt, cum compos mentis non ſit. Sed ſi habet intermiſſionem, eo tempore adhiberi poteſt. Teſtamentum quoque, quod ante furorem conſummatum eſt, valebit, et bonorum poſſeſſio ex eo teſtamento competit. §. 1. I. quib. non eſt perm. fac. teſt. Praeterea teſtamentum facere non poſſunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium eſt. Item furioſi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, ſi impubes poſtea pubes, aut furioſus poſtea compos mentis factus fuerit, et deceſſerit. Furioſi autem ſi per id tempus fecerint teſtamentum, quo furor eorum intermiſſus eſt, jure teſtati eſſe videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, teſtamento valente. Nam neque teſtamentum recte factum, neque vllum aliud negotium recte geſtum poſtea furor interveniens perimit. Strecker de teſtam. mente captor. Staudner de teſtam. dement. Dahin rechnet man auch die im Zorne Teſtirenden. Deinlein de teſtam. irati val. Aber ohne Grund. cf. Meine rechtliche Beurtheilung einer in der Hitze des Zorns unternommenen Handlung. Nachherige Veränderungen bey der Perſon des Erblaſſers kommen, weder zu des Teſtaments Nachtheil, wenn es gültig gemacht iſt, noch zu deſſen Vortheil, wenn es von Anfange nicht

gültig gemacht werden konnte, in Betracht. Quod ab initio non valuit, poſtea non poteſt convaleſcere, iſt beſonders eine allgemeine Regel von letzten Willens-Verordnungen. Die erſte Stelle redet zwar eigentlich von Teſtaments-Zeugen, ſie kann aber wegen der letzten Worte auch vom Teſtirer ſelbſt gebraucht und verſtanden werden.

§. 37. Dasjenige, was von würklich verrückten Leuten geſagt worden, gilt auch von denen, welche durch die jetzige Krankheit, in welcher ſie etwas verordnen wollen, an dem Gebrauch ihrer Vernunft gehindert werden. L. 17. qui teſtam. fac. poſſ. In adverſa corporis valetudine mente captus eo tempore teſtamentum facere non poteſt. Eben die Worte ſtehen Paul. ſent. L. 3. tit. 4. a. §. 11.

§. 38. Der, ſo für einen Verſchwender gerichtlich erklärt worden, wird bey letzten Willen einem Verrückten gleich geachtet. Sein Teſtament gilt alſo nicht, ob es gleich, wenn es vor der gerichtlichen Erklärung gemacht worden, gültig bleibt, und durch die nachher erfolgte gerichtliche Einſchränkung des Erblaſſers keine Veränderung erleidet §. 2. I. quib. non eſt perm. fac. teſt. Item prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt, teſtamentum facere non poteſt: ſed id, quod ante fecerit, quam interdictio bonorum ei fiat, ratum eſt. L. 18. pr. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Is, cui lege bonis interdictum eſt, teſtamentum facere non poteſt, et ſi fecerit, ipſo jure non valet. Quod tamen interdictione vetuſtius habuerit teſtamentum, hoc valebit. Merito ergo nec teſtis ad teſtamentum adhiberi poterit, cum neque teſtamenti factionem habeat. Walch, Willenberg, Grauel de teſtam. prodigi.

§. 39

§. 39. Sobald der erklärte Verſchwender ein beſſerer Wirth, und deshalb die Erklärung wieder aufgehoben wird, ſteht ſeinem Teſtamente, das er nun machen will, nichts ferner im Wege. Paul. Sent. L. 3. Tit. 4. a de teſtam. §. 12. Prodigus recepta vitae ſanitate ad bonos mores reverſus, et teſtamentum facere, et ad teſtamenti ſolennia adhiberi poteſt. Ad teſtamenti ſolennia adhiberi heiſt zum Zeugen gebraucht werden.

§. 40. Unter den körperlichen Fehlern, davon Stryk de teſtam. corp. vitiat., welche hindern, einen letzten Willen zu errichten, iſt die Taubheit und Stummheit. Jeder dieſer Mängel war in den ältern Zeiten ſchon allein zur Teſtaments-Unfähigkeit hinlänglich, er mochte angebohren, oder erſt in ſpätern Jahren entſtanden ſeyn. Iuſtinian aber hat hierin eine Aenderung gemacht, und auch ſtummen und tauben Perſonen die Freyheit des Teſtaments gegeben, wenn ſie nur ſchriftlich oder mündlich dergleichen zu bewürken im Stande ſind. Ein von Natur tauber Menſch kann alſo nie dazu gelaſſen werden, weil er natürlich auch ſtumm, und daneben zum Schreiben ungeſchickt iſt. Wer in der Folge erſt taub geworden, dem iſt, wenn er reden oder ſchreiben kann, auf die eine oder die andere Art ſeine Verordnung zu machen, erlaubt. Wer blos ſtumm iſt, kann, wenn er Schreibens erfahren, ein ſchriftlich Teſtament machen. Majans de ſurdor. et mutor. teſtamenti fact. Rabe et Rivin de teſtam. ſurd. et mut. Deguille dito. Die alten Grundſätze enthält L. 6. §. 1. qui teſtam. fac. poſſ. Surdus, mutus, teſtamentum facere non poſſunt. Sed ſi quis poſt teſtamentum factum valetudine aut quolibet alio caſu mutus aut ſurdus eſſe coeperit: ratum nihilo minus permanet teſtamentum. Der Zuſatz iſt den Grundſätzen, welche ſchon bey den Verſtandloſen vorgekommen, gemäß. Die nach dem Teſtament entſtehenden Fehler kommen auch hier nicht in Betracht.

§ 41. Ein Tauber oder Stummer muſte in dieſen Zeiten ſich vom Kaiſer deshalb beſonders diſpenſiren laſſen, wenn er ein Teſtament machen wollte. L. 7. qui teſtam. fac. poſſ. Si mutus, aut ſurdus, vt liceret ſibi teſtamentum facere, a principe impetraverit: valet teſtamentum.

§. 42. Die neue Verordnung Juſtinians ſteht L. 10. C. qui teſtam. fac. poſſ. Diſcretis ſurdo et muto, quia non ſemper hujusmodi vitia ſibi concurrunt: ſancimus, ſi quis vtroque morbo ſimul laboret, id eſt, vt neque audire, neque loqui poſſit, et hoc ex ipſa natura habeat: neque teſtamentum faciat, neque codicillos, neque fideicommiſſum relinquere, neque mortis cauſa donationem celebrare concedatur, nec libertatem ſive vindicta, ſive alio modo imponere: eidem legi tam maſculos, quam foeminas obedire imperantes. Vbi autem et hujusmodi vitii non naturalis, ſive maſculo, ſive foeminae accidit calamitas, ſed morbus poſtea ſuperveniens et vocem abſtulit, et aures concluſit: ſi ponamus, hujusmodi perſonam litteris ſcientem: omnia, quae priori interdiximus, haec ei ſua manu ſcribenti permittimus. Sin autem infortunium diſcretum eſt, quod ita raro contigit: et ſurdis, licet naturaliter hujusmodi ſenſus vitiatus eſt, tamen omnia facere et in teſtamentis et in codicillis et in mortis cauſa donationibus, et in libertatibus, et in omnibus aliis permittimus. Si enim vox articulata ei a natura conceſſa eſt: nihil prohibet, eum omnia, quae voluerit, facere: quia ſcimus, quosdam juris peritos et hoc ſubtilius cogitaſſe, et nullum eſſe expoſuiſſe, qui penitus non exaudiat, ſi quis ſupra cerebrum ejus loquatur, ſecundum quod Iubentio Celſo placuit. In eo autem, cui morbus poſtea ſuperveniens auditum tantummodo abſtulit, nec dubitari poteſt, quin poſſit omnia ſine aliquo ob-

ſtaculo

ſtaculo facere. Sin vero aures quidem apertae ſint, et vocem recipientes, lingua autem ejus penitus praepedita, licet a veteribus auctoribus ſaepius hoc variatum eſt: attamen ſi hunc peritum litterarum eſſe proponamus, nihil prohibet, eum ſcribentem haec omnia facere, ſive naturaliter, ſive per interventum morbi hujusmodi infortunium ei acceſſerit: nullo diſcrimine neque in maſculis, neque in foeminis in omni iſta conſtitutione ſervando. §. 3. I. Quib. non eſt perm. fac. teſt. Item ſurdus et mutus non ſemper teſtamentum facere poſſunt. Vtique autem de eo ſurdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam et mutus is intelligitur, qui eloqui nihil poteſt, non qui tarde loquitur. Saepe enim etiam litterati homines variis caſibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Vnde noſtra conſtitutio etiam his ſubvenit, vt certis caſibus et modis ſecundum normam ejus poſſint teſtari, aliaque facere, quae iis permiſſa ſunt. Sed ſi quis poſt teſtamentum factum adverſa valetudine aut quolibet alio caſu mutus aut ſurdus eſſe coeperit, ratum nihilo minus manet ejus teſtamentum. Daß der Verfaſſer des L. 10. C. etwas Menſchliches erlitten, indem er von Leuten redet, die von Natur taub ſind, aber doch vernehmlich reden, iſt ſchon von andern angemerkt. Wer von Natur taub iſt, war auch bis zu unſern Zeiten immer ſtumm, weil ihm Niemand die Sprache beybringen konnte. Jetzt will man die Kunſt verſtehen, die Tauben reden zu lehren. Wie weit ſolche bisher gebracht ſey, iſt bekannt. Vom Schwerhören war nicht nöthig in den Inſtitutionen etwas zu erwähnen, weil nach den neuern Grundſätzen auf den Mangel des Gehörs nichts mehr ankommt, ſondern lediglich alles auf das Reden und Schreiben hinausgeht. Daß aber, wer nicht ganz ſtumm iſt, jedoch ſchwer ſpricht, zu allen Verordnungen zugelaſſen werde, war nicht unnütz anzumerken. Bey

ſaepe

ſaepe enim in §. 3. iſt das enim unſchicklich. Der Folgende hängt mit dem Vorigen gar nicht zuſammen, ſondern iſt der Uebergang zu der neuern Verordnung.

§. 43. Blinde konnten ſchon in ältern Zeiten einen letzten Willen machen. Otto Comm. ad Inſt. p. 260. Der K. Iuſtinus hat es beſtättigt, aber dem Teſtamente eines Blinden eine beſondere Form vorgeſchrieben. Das Teſtament ſoll von dem Blinden mündlich vorgetragen, hernach aber ſchriftlich gefaßt werden. Blos ſchriftlich oder blos mündlich kann ſein Teſtament nicht beſtehen. Iſt das Teſtament ſchon vorher aufgeſetzt, ſo wird es in Gegenwart des Blinden verleſen und nun zu deſſen Vollziehung geſchritten. Auſſer den 7 Zeugen ſollen hiernächſt noch ein öffentlich beglaubter Schreiber, oder in deſſen Ermangelung ein anderer achter Zeuge gebraucht werden, welcher das Intereſſe des Erblaſſers dabey beſorge, und als Zeuge mit unterſchreibe. Alle andern Zeugen unterſchreiben ebenfalls, wie es bey einem geſchriebenen Teſtamente gewöhnlich iſt. Koehnen de forma teſtam. extern. a coeco obſerv. Le Comte de teſtam. coeci. Huth und Burgk dito. Mit dieſem hat der einige Aehnlichkeit, der des Schreibens unerfahren iſt. Seuffer de teſtam. analphabeti. Felz de teſtam. a litterar. ignar. condend. Wieſen de ſubſcript. teſtat. analphab. per cruc. Paul Sent. L. 3. tit. 4. a de Teſtam. §. 4. Coecus teſtamentum poteſt facere: quia accire poteſt adhibitos teſtes, et audire ſibi teſtimonum perhibentes L. 8. C. qui teſtam. fac. poſſ. Hac conſultiſſima lege ſancimus, vt carentes oculis, ſeu morbo vitiove, ſeu ita nati, per nuncupationem ſuae condant moderamina voluntatis: ſcilicet praeſentibus ſeptem teſtibus, quos aliis quoque teſtamentis intereſſe, juris eſt, tabulario etiam: vt cunctis ibidem collectis primum ad ſe convocatos omnes, vt ſine ſcriptis teſtentur, edoceant. Deinde exprimant

nomi-

nomina ſpecialiter heredum, et dignitates ſingulorum et indicia, ne ſola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat: et ex quarta parte vel ex quot vnciis in ſucceſſionem admitti debeant: et quid vnum quemque legatarium ſeu fideicommiſſarium adſequi velint: omnia denique palam edicant, quae vltimarum capit diſpoſitionum ſeries lege conceſſa. Quibus omnibus ex ordine peroratis vno eodemque loco et tempore, ſed et tabularii manu conſcriptis, ſub obtutu ſeptem (vt dictum eſt) teſtium et eorundem teſtium manu ſubſcriptis, dehinc conſignatis tam ab iisdem teſtibus, quam a tabulario, planum obtinebit robur teſtantis arbitrium. Quae in eumdem modum erunt obſervanda, quamvis non heredes inſtituere, ſed legata ſolum vel fideicommiſſa, et in ſumma, quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda. At cum humana fragilitas mortis praecipue cogitatione perturbata, minus memoria poſſit res plures conſequi: patebit eis licentia, voluntatem ſuam, ſive in teſtamenti, ſive in codicilli tenore compoſitam, cui velint ſcribendam credere: vt in eodem loco poſtea convocatis teſtibus et tabulario, re etiam (vt dictum eſt) patefacta, cujus cauſa convocati ſunt, etiam chartula promatur, quam ſuſceptam teſtatori recitabit tabularius, ſimul et teſtibus: vt vbi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipſe ſuum profiteatur agnoſcere, et ex animi ſui, quae lecta ſunt, diſpoſuiſſe ſententia, et in fine ſubſcriptio ſequatur teſtium, nec non omnium ſignacula, tam teſtium; (prout dictum eſt) quam tabularii. Sed quia tabulariorum non in omnibus locis datur quaerentibus: jubemus, vbi tabularius reperi non poſſet, octavum adhiberi teſtem: vt, quod tabulario pro ſupra dicto modo commiſimus, id per octavum teſtem effectum capiat: libera poteſtate concedenda, voluntates ſuas in praedictum modum ordinantibus, chartulam ita ſubſcriptam,

ita denique conſignatam, vt antelatae formae declarant, cui velint ex teſtibus cuſtodiendam mandare. Sic namque fieri confidimus, vt non recipiat ſe tantum in coecis teſtandi licentia: ſed ne locum quidem vllum relinquat inſidiis, tot oculis ſpectata, tot inſinuata ſenſibus, tot inſuper in tuto locato manibus. §. 4. I. Quib. non eſt perm. fac. teſt. Coecus autem non poteſt facere teſtamentum, niſi per obſervationem, quam lex Divi Iuſtini patris noſtri introduxit. In den Baſilicis ſteht, daß 7 oder 5 Zeugen gebraucht werden könnten. Bey Codicillen ſoll es gehalten werden, wie bey Teſtamenten. Bey dieſen ſind alſo 5 Zeugen neben dem Notarius oder 6 Zeugen zur Unterſchrift nöthig.

§. 45. Die Verſtümmelung des Körpers hindert an der Teſtaments-Fähigkeit nicht. Wer Hände oder ſonſtige Theile des Körpers verlohren, kann daher dennoch ein Teſtament machen. L. 10. ff. Qui teſtam. fac. poſſ. Qui manus amiſit, teſtamentum facere poteſt, quamvis ſcribere non poſſit. Wem die Hände fehlen, der muß das Teſtament einen andern ſchreiben laſſen, oder mündlich teſtiren.

§. 44. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob der Erblaſſer an den Geburtstheilen einen Mangel hat, oder erlitten hat L. 5. C. Qui teſtam. fac. poſſ. Evnuchis liceat facere teſtamentum, componere poſtremas exemplo omnium voluntates: conſcribere codicillos ſalva teſtamentorum obſervantia. Paul. Sent. L. 3. tit. 4. a de teſtam. §. 2. Spadones eo tempore teſtamentum facere poſſunt, quo plerique pubeſcunt, id eſt anno decimo octavo. Man ſieht aus der Vergleichung dieſer Stellen, daß ehemals erſt im 18ten Jahre ein Caſtrat ein Teſtament machen konnte. Nach der neuern Verordnung des Codex aber ſind 14 Jahr hinlänglich.

Peti-

Petitus Obſ. L. 11. c. 7. hat gemeynet, das 18te Jahr ſey ein Emblema, weil Iuſtinian erſt dieſes Jahr zur Pubertate plena veſtgeſetzt. Es iſt aber falſch, daß Iuſtinian wegen der Pubertatis plenae etwas neues verordnet habe. Ohne ſonderlichen Grund zieht Cujacius die Stelle des Codex auf die Eunomianer, eine Secte, welche die Verſchneidung zu gebrauchen pflegte, oder auf die Cubicularios Principis, worunter auch Verſchnittene zu ſeyn pflegten.

§. 46. Das den Erblaſſern vorgeſchriebene Alter iſt die Pubertät. Alſo eine Mannsperſon von 14 und ein Frauenzimmer von 12 Jahren können ſchon teſtiren. Petermann de teſtam. impuberum. L. 5 ff. qui teſtam. fac. poſſ. A qua aetate teſtamentum vel maſculi vel foeminae facere poſſunt, videamus. Verius eſt, in maſculis quidem quarum decimum annum ſpectandum, in foeminis vero duodecimum completum. Vtrum autem exceſſiſſe debeat quartum decimum annum, vt teſtamentum facere poſſit? an ſufficit compleſſe? Propone aliquem, Kalendis Januariis natum, teſtamentum ipſo natali ſuo feciſſe quarto decimo anno, an valeat teſtamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiamſi pridie Kalendarum fecerit poſt ſextam horam noctis, valere teſtamentum. Iam enim compleſſe videtur annum quartum decimum, vt Marciano videtur. L. 4. C. eod. Si frater patruelis tuus ante decimum quartum aetatis ſuae annum deceſſit, cum facere non potuit teſtamentum: nihil recte ex ejus poſtremo judicio poſtulatur. Nam ſi hanc aetatem egreſſus, licet vigoris nondum emerſiſſent veſtigia, ſuum ſolenniter ordinavit judicium: hoc evellere fruſtra conaris. Paul. Sent. L. 3. tit. 4. a de teſtam. §. 1. Teſtamentum facere poſſunt maſculi poſt completum quartum decimum annum, foeminae poſt duodecimum. Vlp. Fragm. Tit. 20. §. 12. Impubes li-

cet ſui juris ſit, teſtamentum facere non poteſt, quoniam nondum plenum judicium animi habet. Caji Inſtit. Lib. 2. tit. 3. §. 2. Item teſtamenta facere non poſſunt impuberes, id eſt, minores XIV. annorum, aut puellae XII. Bey Tribunis militum und den veſtaliſchen Jungfrauen war ehemals eine Ausnahme. Otto Comm. ad Inſtit. p. 258. Die erſte hebt L. vlt. C. de teſtam. milit. Fratres patrueles ſind Geſchwiſter-Kinder vom Vater her. Die Pubertät wird allemal ſo gerechnet, daß der letzte Tag des letzten Jahres ſchon als vollendet geachtet wird, wenn man ihn nur angetreten. Wer alſo nur ſeinen Geburtstag zwiſchen der Impubertät und Pubertät erreicht hat, iſt ſogleich als zur Pubertät gekommen anzuſehen, wenn er gleich die Stunde ſeiner Geburt noch nicht überlebt hat. Weil nun der Tag von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet wird, ſo iſt genug, wenn der junge Menſch nur die Mitternacht zwiſchen dem vorherigen und dem Geburtstage überlebt hat, poſt ſextam horam noctis. Da man ſonſt ſtreitig war, wie die Pubertät zu rechnen, ob nach beſtimmten Jahren oder eines jeden Menſchen beſonderer Reife, ſo ſcheint doch in Anſehung der Teſtamente ſchon immer ein gewiſſes Alter angenommen zu ſeyn. Compleſſe und exceſſiſſe ſind in L. 5. ff. einander entgegengeſetzt, daß letzteres die Zurücklegung der letzten Stunde, erſteres aber die Endigung der Zeit bis zum Anfange des letzten Tages anzeigen ſoll. cf. Ruecker de civil. et nat. temp. computat. cap. 2. §. 1.

§. 47. Die Frauenzimmer beſonders anlangend, ſo war ihnen ſeit den 12 Tafeln ein Teſtament nicht anders, als mit Zuziehung des Tutoris ſexus, zu machen erlaubt, und wenn ſie durch einige Convention in manum ihre völlige Freyheit verlohren hatten, gar nicht. Vlp. Fragm. Tit. 20. §. 15. Foeminae poſt duodecimum

mum annum aetatis teſtamentum facere poſſunt, tutore autore, donec in tutela ſunt. Beydes aber, die tutela ſexus und die Conventio in manum, hat nunmehr aufgehört.

§. 48. Alle vorige Hinderniſſe an der Teſtaments-Fähigkeit finden ſich zuſammen bey Vlp. Fragm. Tit. 20. §. 13. Mutus, ſurdus, furioſus, itemque prodigus, cui lege bonis interdictum eſt, teſtamentum facere non poſſunt. Mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non poteſt: ſurdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non poteſt: furioſus, quoniam mentem non habet, vt teſtari de ea re poſſit: prodigus, quoniam commercium illi interdictum eſt, et ob id familiam mancipare non poteſt. Der Grund, warum der Taube nicht teſtiren kann, fällt neuerlich weg, und alſo auch die Unfähigkeit deſſelben ſelbſt.

§. 49. Auſſer den Eigenſchaften eines Erblaſſers, von denen ſchon geredet iſt, gehörte zu einem ſolchen auch die Freyheit von herrſchaftlicher und väterlicher Gewalt, ingleichen der Antheil am Römiſchen Bürgerrecht. Knechte konnten alſo keine letzten Willen errichten. Sie hatten auch nichts eigenes, worüber ſie hätten verordnen können. Bey Servis publicis allein war eine Ausnahme. Dieſe konnten über die Hälfte deſſen, ſo ſie beſaßen, eine Verordnung machen. Vlp. Fragm. Tit. 20. §. 16. Servus publicus Praetoriani parte dimidia teſtamenti faciendi habet jus. Die Leſeart iſt hier ungewiß. Einige Mſcta haben ſtatt: Praetoriani, das Wort: Praetoriſve. Cujacius will: populi Romani geleſen haben. Genug alle öffentliche Knechte oder eine Art derſelben war Teſtamentsfähig. Das erſtere iſt wahrſcheinlicher.

§. 50. Weil die, ſo in der Kriegs-Gefangenſchaft ſich befanden, zu der Zeit als Knechte angeſehen wur-

den; ſo konnte in ſolcher Gefangenſchaft Niemand ein Teſtament machen §. 5. I. Quib. non eſt perm. fac. teſt. Ejus, qui apud hoſtes eſt, teſtamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate erat, fecit, ſive redierit, valet jure poſtliminii: ſive illic deceſſerit, valet ex Lege Cornelia. Paul. Sent. L. 3. tit. 4. a de teſtam. §. 8. Qui ab hoſtibus captus eſt, teſtamentum, quaſi ſervus, facere non poteſt. Sane valet teſtamentum id, quod ante captivitatem factum eſt, Si revertatur, jure poſtliminii: aut ſi ibidem decedat, beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur. Die Endworte zeigen an, daß, weil nach der Fictione legis Corneliae der in der Gefangenſchaft Geſtorbene angeſehen wurde, als ob er gleich bey der Gefangennehmung geſtorben wäre, dieſe Fiction auch bey der Beerbung ab inteſtato, und der Tutel der nächſten Freunde des von dem Verſtorbenen etwa verlaſſenen Mündels, ſeine Dienſte that, wobey es eben ſo gehalten wurde, wie es geweſen ſeyn würde, wenn der Geſtorbene gleich bey Anfang der Gefangenſchaft verſchieden wäre.

§. 51. Die Rückkehr aus der Gefangenſchaft gab dem in derſelben gemachten Teſtamente keine Gültigkeit, weil es von Anfange nicht gegolten hatte L. 8. pr. Qui teſtam. fac. poſſ. Ejus, qui apud hoſtes eſt, teſtamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Majans de teſtam. fact. ap. hoſtes.

§. 52. War es aber vor der Gefangenſchaft gemacht, ſo erhielt es nach der Rückkehr ſeine vorige Kraft ex jure poſtliminii. Das vor der Gefangenſchaft gemachte Teſtament blieb auch gültig, wenn der Erblaſſer in der Gefangenſchaft ſtarb, wie es die ſchon von Paul in der vorigen Stelle erwähnte Natur des L. Corneliae mit

mit ſich brachte. L. 12. Qui teſtam. fac. poſſ. Lege Cornelia teſtamenta eorum, qui in hoſtium poteſtate deceſſerint, perinde confirmantur, ac ſi hi, qui ea feciſſent, in hoſtium poteſtatem non perveniſſent, et hereditas ex his eodem modo ad vnum quemque pertinet. Quare ſervus heres ſcriptus ab eo, qui in hoſtium poteſtate deceſſerit, liber et heres erit, ſeu velit, ſeu nolit: licet minus proprie neceſſarius heres dicatur. Nam et filius ejus, qui in hoſtium poteſtate deceſſit, invitus hereditati obligatur; quamvis ſuus heres dici non poſſit, qui in poteſtate morientis non fuit. Der Knecht wird uneigentlich ein heres neceſſarius, und der Sohn des Gefangenen uneigentlich ein heres ſuus genannt, weil beyde zur Zeit des Todes des Erblaſſers nicht unter deſſen Gewalt ſtanden.

§. 53. Die in die Hände der Räuber gerathen waren, lebten in keiner geſetzlichen Gefangenſchaft. Sie verlohren daher die Rechte der Freyheit nicht, und ihre in ſolcher Verwahrung gemachten Teſtamente hatten ihre Kraft L. 13. pr. Qui teſtam. fac. poſſ. Qui a latronibus capti ſunt, cum liberi manent, poſſunt facere teſtamentum.

§. 54. Weil der Mangel am Bürgerrechte ebenfalls die Teſtamentsfähigkeit nahm; ſo konnten Geiſſeln, welche ſich bey den Römern befanden, und die fremde Nationen im Friedens-Schluß gegeben hatten, nicht teſtiren L. 11. Qui teſtam. fac. poſſ. Obſides teſtari non poſſunt, niſi eis permittatur. Ihr Vermögen fiel dem Fiſcus zu. L. 31. ff. de jure fiſc. Sie waren juſt nicht Knechte, auch nicht eigentlich Gefangene, aber doch Fremde. Einige haben gemeynt, es ſey hier die Rede von Geiſſeln, welche die Römer gegeben. Weil ſie aber dergleichen nicht zu geben, ſondern nur zu em-

pfangen pflegten, ſo fällt dieſer Sinn hier weg. Unterweilen gab man den Geiſſeln das Privilegium zu teſtiren L. 32. de jure fiſc. Gaudentii Jurid. expoſ. Otto Theſ. Tom. 3. p. 370. Lopez Animadverſ. l. c. p. 472. widerſpricht unſerer Meynung, aber ohne ſonderlichen Grund.

§. 55. Daher kam es auch, daß diejenigen, welche ſolche Strafen erlitten, wodurch Freyheit oder Bürgerrecht verlohren gieng, nicht teſtiren durften. Weshalb die, ſo zum Tode verurtheilt worden, oder mit den wilden Thieren zu fechten hatten, oder zu den Bergwerken und ſonſtigen Feſſeln condemniret waren, kein Teſtament machen durften L. 8. §. 4. qui teſtam. fac. poſſ. Hi vero, qui ad ferrum, aut ad beſtias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur. Vnde apparet, amittere eos teſtamenti factionem. Die Confiſcation der Güter war ſchon allein hinlänglicher Grund, die letzten Willen unzuläßig zu machen. Damnatio ad metallum und opus metalli nahm die Freyheit, damnatio ad opus publicum perpetua das Bürgerrecht.

§. 56. Von letzter Würkung war auch das Exilium, und die ſtatt deſſen in der Folge eingeführte Deportation. Daher konnten die zum Exilium oder zu der Deportation Verurtheilten nicht teſtiren. So lange ſie lebten, konnten ſie die nach der Deportation erworbenen Güter behalten und mit wirthſchaften. Die vorher beſeſſenen fielen gleich bey der Strafe dem Fiſcus zu. Bey dem Abſterben des Deportati fielen auch die nach der Strafe erworbenen Güter dem Fiſcus anheim. A. Faber Err. pragm. D. 72. E. 9. L. 8. §. 1. Qui teſtam. fac. poſſ. Si cui aqua et igni interdictum ſit: ejus nec illud teſtamentum valet, quod ante fecit, nec id, quod poſtea fecerit.

fecerit. Bona quoque, quae tunc habuit, cum damnaretur, publicabuntur: aut, ſi non videantur lucroſa, creditoribus concedentur. §. 2. In inſulam deportati in eadem cauſa ſunt. Nur bey Soldaten war eine Ausnahme. Dieſen pflegte, wenn ſie auch zum Tode verurtheilt worden, das Teſtament erlaubt zu werden. L. 6. §. 6. De injuſto rupt irrit. ſo unten folgen wird.

§. 57. Relegation und Damnatio ad opus publicum temporaria nahm die Freyheit zu teſtiren nicht L. 8. §. 3. qui teſtam. fac. poſſ. Sed relegati in inſulam, et quibus terra Italica et ſua provincia interdicitur, teſtamenti faciendi jus retinent. Paul Sentent. L. 3. tit. 4. a de teſtam. §. 9. In inſulam relegatus, et in opus publicum ad tempus damnatus, quia retinent civitatem, teſtamentum facere poteſt, et ex teſtamento capere. Bey allen dieſen Strafen gieng keine capitis diminutio vor, und das Bürgerrecht wurde nicht verlohren L. 7. §. Sive. de Interd. et releg. L. 28. §. Caeterae poenae, de poen.

§. 58. Neuerlich iſt die Confiſcation und ſervitus poenae bey denen Strafen, ſo nicht aufs Leben giengen, aufgehoben worden. Avth. Sed hodie C. de don. int. V. et V. ex Nov. 22. und Nov. 17. c. 12. Daher ſollte man glauben, daß die dazu Verurtheilten neuerlich teſtiren können. Allein das Bürgerrecht gieng bey dieſen Strafen dennoch verlohren, wenn gleich die Confiſcation der Güter hinwegfiel. Daher kann man nicht behaupten, daß die Freyheit zu teſtiren damit verknüpft geweſen. Zwar war neuerlich allen unter dem Römiſchen Scepter lebenden Unterthanen das Bürgerrecht gegeben. Aber deshalb hatten die Miſſethäter nicht gleichen Vorzug. A. Faber Err. pragm. D. 73. E. 2. 3. Bey Lebensſtrafen iſt den Verwandten des Verurtheilten eine

Concurrenz mit dem Fiſcus geſtattet, jedoch im Fall des Hochverraths die völlige Confiſcation beybehalten worden. Nov. 134. c. 13. davon A. Faber l. c. E. 4. 5. 6. Daher die Verbrecher, ſo am Leben geſtraft werden, auch nach dem neueſten Rechte um ſo weniger teſtiren können. cf. Rivin. de poen. glad. §. 10. 11.

§. 59. Wer vor der Verurtheilung während des Proceſſes ſich entleibt, wird als verurtheilt angeſehen, und ſein Teſtament iſt ungültig. Iſt er aber eines natürlichen Todes geſtorben, ſo gilt ſein auch im Gefängnis gemachtes Teſtament. L. 9. Qui teſtam. fac. poſſ. Si quis poſt accuſationem in cuſtodia fuerit defunctus indemnatus: teſtamentum ejus valebit.

§. 60. Dieſes letztere gilt auch von dem Falle, da ſchon die Verurtheilung geſchehen, jedoch der Verurtheilte appellirt hat, und während der Appellation geſtorben iſt L. 13. §. 2. Qui teſtam. fac. poſſ. Si quis in capitali crimine damnatus appellaverit, et medio tempore pendente appellatione, fecerit teſtamentum, et ita deceſſerit: valet ejus teſtamentum.

§. 61. Wegen Mangel des Bürgerrechts konnten auch ehemals die Freygelaſſenen, welche Latini Iuniani und dedititii hieſſen, keine Teſtamente machen. Vlp. Tit. 20. §. 14. Latinus Iunianus, item is, qui dedititiorum numero eſt, teſtamentum facere non poteſt, Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus eſt: is autem, qui dedititiorum numero eſt, quoniam nec quaſi civis Romanus teſtari poteſt, cum ſit peregrinus, nec quaſi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis eſt, vt adverſus leges civitatis ſuae teſtetur. Die Latini Iuniani hatten das Commercium juris communis inter vivos, aber Teſtamente zu machen, war ihnen un-

ter-

terſagt. Vivebant vt liberi, moriebantur vt ſervi. Die, welche zu gewiſſen civitatibus gehörten, konnten, wie man hier ſieht, wenn ſie in Rom lebten, nach den Geſetzen ihrer Stadt Teſtamente errichten. Adverſus heiſt hier ſo viel, als ſecundum, wie auch anderwärts bey den alten Juriſten vorkommt.

§. 62. Wer unter väterlicher Gewalt ſteht, iſt gleichfalls des Teſtaments unfähig, weil theils die Filii familias in den ehemaligen Volks-Verſammlungen, wo man ſonſt die Teſtamente machte, nicht erſcheinen, theils ſie kein Eigenthum haben konnten, theils die 12 Tafeln ſagten: Paterfamilias vti legaſſit etc. Obgleich dieſe Gründe neuerlich wegfielen, ſo blieb doch die daher geleitete Folge. Schumacher de excluſ. fil. famil. a teſtam. fact. Nicolai de filiofam. teſtator. Braak de teſtam. filiifam. pr. I. quib. non eſt perm. fac. teſt. Non tamen omnibus licet teſtamentum facere. Statim enim qui alieno juri ſubjecti ſunt, teſtamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, vt quamvis parentes eis permiſerint, nihilo magis jure teſtari poſſint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, et praecipue militibus, qui in poteſtate parentum ſunt; quibus de eo, quod in caſtris acquiſiverunt, permiſſum eſt, ex conſtitutionibus principum teſtamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum eſt, tam ex auctoritate Divi Auguſti, quam Nervae, nec non optimi Imperatoris Trajani: poſtea vero ſubſcriptione divi Hadriani etiam dimiſſis a militia, id eſt, veteranis, conceſſum eſt. Itaque ſi quidem fecerint de caſtrenſi peculio teſtamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerunt. Si vero inteſtati deceſſerint, nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere poſſumus, quod in caſtris acquiſiverit miles, qui

in poteſtate patris eſt, neque ipſum patrem alienare poſſe, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune eſſe. Sed ſcilicet proprium eſſe ejus, qui id in caſtris acquiſierit: quamquam jure civili omnium, qui in poteſtate parentum ſunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac ſervorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis, quae ex ſacris conſtitutionibus, et praecipue noſtris, propter diverſas cauſas non acquiruntur. Praeter hos igitur, qui caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe habent, ſi quis alius filiusfamilias teſtamentum fecerit, inutile eſt; licet ſuae poteſtatis factus deceſſerit. L. 6. pr. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Qui in poteſtate parentis eſt, teſtamenti faciendi jus non habet. Adeo, vt quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen jure teſtari poſſit. L. 11. C. eod. Nemo ex lege, quam nuper promulgavimus, in rebus, quae parentibus acquiri non poſſunt, exiſtimet, aliquid eſſe innovandum, aut permiſſum eſſe filiisfamilias cujuscunque gradus vel ſexus teſtamenta facere: ſive ſine patris conſenſu bona poſſideant ſecundum noſtrae legis diſtinctionem, ſive cum eorum voluntate. Nullo etiam modo hoc eis permittimus: ſed antiqua lex per omnia conſervetur, quae filiisfamilias, niſi in certis caſibus, teſtamenta facere nullo modo concedit, et in his perſonis, quae hujusmodi facultatem habere jam conceſſae ſunt, L. 12. eod. Omnes omnino, quibus quaſi caſtrenſia peculia habere ex legibus conceſſum eſt, habeant licentiam, in ea tantummodo vltimas voluntates concedere ſecundum noſtrae conſtitutionis tenorem, quae talibus teſtamentis de inofficioſi querela immunitatem praeſtitit. L. 3. §. 1. eod. Filium autem, qui in poteſtate eſt, teſtamentum facere non poſſe indubitati juris eſt. Caji Inſtit. L. 2. tit. 2. §. 1. Id quoque ſtatutum eſt, quod non omnibus liceat

liceat facere teſtamentum, ſicut hi ſunt, qui ſui juris non ſunt, et alieno juri ſubjecti ſunt; hoc eſt, filii, tam ex nobis nati, quam adoptivi. Paul. Sent. L. 3. tit. 4 a de teſtam. §. 3. Filiusfamilias, qui militavit, de caſtrenſi peculio, tam communi quam proprio jure teſtamentum facere poteſt. Caſtrenſe autem peculium eſt, quod in caſtris adquiritur, vel quod proficiſcenti ad militiam datur. Vlp. Fragm. Tit. 20. §. 10. Filiusfamilias teſtamentum facere non poteſt, quoniam nihil ſuum habet, vt teſtari de eo poſſit. Sed Divus Auguſtus Marcus conſtituit, vt filiusfamilias miles de eo peculio, quod in caſtris acquiſivit, teſtamentum facere poſſit. Ueber das peculium caſtrenſe konnte nach pr. I. anfänglich nur alsdann ein Teſtament gemacht werden, wenn der Beſitzer noch Soldat war. In der Folge wurde auch der dazu gelaſſen, der keine Dienſte mehr that. Als das peculium quaſi caſtrenſe entſtand, bekamen deſſen Beſitzer nicht auch zugleich die Freyheit des Teſtaments darüber. Erſt Iuſtinian ſelbſt geſtattete allgemein darüber die letzte Willens-Verordnung §. vlt. I. de milit. teſtam. Die Stufen, wie es damit gegangen, ſchreibt Iuſtinian dem Auguſt, Nerva, Trajan und Hadrian zu. Man muß aber aus dem Vlp. L. 1. de teſt. mil. den Caeſar Titus und Domitian noch hinzuſetzen. Wenn filiusfamilias nicht über ihr peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe teſtirten, ſo fiel ſolches doch noch immer dem Vater jure peculii, nicht als Erben, zu, und es wurde in caſu inteſtati wie jedes andere peculium behandelt. Der Vater haftete denn der Schulden des Sohnes wegen nur actione de peculio, ſchloß die Mutter aus, und brauchte keiner Erbſchafts-Antretung. Ob Iuſtinian ſchon in pr. I. dieſes geändert, wird geſtritten. Weil es nicht deutlich daraus zu erſehen, ſo wird die Frage billig geleugnet, und die Veränderung erſt der Nov. 118. beygelegt, nach welcher beyde Eltern, zugleich

gleich mit den Geſchwiſtern, ihre Kinder, ſie mögen unter väterlicher Gewalt ſtehen, oder nicht, beerben. Die Occupatio jure peculii, die alſo vorher bey allen peculiis ſtatt fand, wovon die Kinder unter väterlicher Gewalt Eigenthümer waren, hört nun völlig auf. Bey dem peculio profectitio ſind die alten Grundſätze beybehalten. Weil das peculium, wovon die Kinder nicht Eigenthümer waren, dem Vater zugehörte, ſo konnte es der Vater nach Willkühr zurücknehmen, des Vaters Gläubiger hielten ſich mit daran, und bey Abſterben des Vaters wurde es, wenn es auch vom Vater nicht herkam, zu deſſen Nachlaſſe geworfen und conferirt. Darauf zielt pr. l. mit den Worten: Ex hoc intelligere etc. Wegen des peculii pagani adventitii extraordinarii hat kein Teſtament ſtatt. Es folgte ſolches ſchon aus der Natur der Sache. Iuſtinian der dieſe peculia eingeführt, hatte nur geſagt, daß ſie zum völligen Eigenthum der Kinder gehören ſollten. Daraus folgte noch keine Freyheit zu teſtiren. Das peculium quaſi caſtrenſe war lange dem völligen Eigenthume der Kinder überlaſſen geweſen, ehe ſie die Teſtamentsfähigkeit darüber erhielten. Auſſerdem ſagt es L. 11. C. ausdrücklich. Zur Zeit dieſes L. 11. war erſt die eine Art des peculii adventitii extraordinarii eingeführt, nemlich in dem Falle, da die Kinder wider Willen des Vaters eine Erbſchaft angenommen. Darauf zielt dieſer L. 11. C. mit den Worten: ſive ſine patris conſenſu bona poſſideant. Die übrigen Arten ſind durch die Novellen eingeführt. Es iſt aber nirgends darüber die Freyheit zu teſtiren gegeben. Nov. 117. redet deutlich nur von der Freyheit zu contrahiren. Denn es wird die Majorennität, und bey Unmündigen der Vormund erwähnt, welches alles Dinge ſind, welche bey Teſtamenten nicht in Betracht kommen. Nov. 22. c. 26. iſt ebenfalls blos von Kontracten zu verſtehen, wenn ſie nicht mehr erweiſen ſoll,

als

als man erweiſen will. Itaque lex in cit. L. 11. iſt keine Verordnung Iuſtinians, wie einige gemeynt haben, auf welche der Ausdruck nicht paſſen würde, ſondern es iſt das älteſte Recht der vorigen Zeit, wie der Gegenſtand lehrt, davon die Rede iſt. Die äuſſern Feyerlichkeiten ſind bey einem Teſtament über das peculium caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe vollſtändig zu beobachten, wenn nicht in Anſehung des erſtern die Diſpoſition im Felde gemacht wird. Die innern Formalitäten ſind zum Theil blos um des Gegenſtandes Willen erlaſſen. Wegen des Pflichttheils z. E. iſt ein Erblaſſer bey dem peculio caſtrenſi und quaſi caſtrenſi nicht eingeſchränkt. Des Vaters Einwilligung kann dem Sohne die Teſtaments-Fähigkeit nicht geben, da nicht blos das Intereſſe des Vaters der Grund der Unfähigkeit iſt, ſondern ſolche noch auf andern Gründen des Urſprungs der Sache beruhete. In der Stelle des Paulus muß man ſtatt: militavit, beſſer militat leſen, weil der, ſo nicht mehr dient, nicht weiter jure militari teſtiren kann. In der Stelle des Vlpian iſt das Wort Marcus ohne Zweifel ein Fehler, weil zwar von Auguſto bekannt, daß er hieher gehöre, aber nicht vom Marcus Antoninus.

§. 63. Die Verordnung, wodurch Iuſtinian erſt dem peculio quaſi caſtrenſi das Privilegium gegeben, daß ein Filiusfamilias darüber ein Teſtament machen kann, und daß ſolches Teſtament von aller Einſchränkung durch Pflichttheil frey ſeyn ſoll, ſteht L. 37. pr. C. de inoff. teſt. Cum antiquis legibus declaratum eſt, ut militaria teſtamenta de inofficioſo querelam evadant: multi alii caſus emergunt, in quibus dubitationes exortas ſopiri neceſſe eſt. In caſtrenſibus enim peculiis introducta eſt et alia ſubdiviſio, et peculii triplex invenitur cauſa. Vel enim paganum eſt peculium, vel caſtrenſe, vel quod medietatem inter utrumque obtinet,

quod

quod quaſi caſtrenſe nuncupatur. In tali igitur peculio, quod quaſi caſtrenſe appellatur, quibusdam perſonis licentia conceditur condere quidem teſtamenta, ſed non quaſi militibus, quo voluerint modo, ſed communi et licito et conſueto ordine obſervando, quemadmodum conſtitutum fuerat in Proconſulibus et Praefectis legionum et Praeſidibus provinciarum, et omnibus generaliter, qui in diverſis dignitatibus vel adminiſtrationibus poſiti, a noſtra conſequuntur manu, vel ex publicis ſalariis, quasdam largitates. Sed hae quidem perſonae teſtamenti faciendi habent poteſtatem in ipſis tantummodo peculiis, quae jam enumerata ſunt, id eſt, quaſi caſtrenſibus. Sed et veterani, qui tempore quidem militiae ſibi peculium acquiſiverunt, militiam autem depoſuerunt, teſtari, licito tamen modo, non prohibentur. In his itaque omnibus quaſi caſtrenſibus peculiis dubitabatur, ſi contra hujusmodi teſtamenta de officioſo querelam extendi oporteret. Sed prior quaeſtio erat, ſi omnes, qui quaſi caſtrenſe peculium habeant, teſtari in hoc poſſint: quia non omnibus paſſim, ſed quibusdam perſonis hoc privilegii loco conceſſum eſt: quia militibus quidem et veteranis teſtamenta facere in caſtrenſi peculio vndique conceſſum fuerat: ſed militibus quidem in expeditione conſtitutis jure ſuo, veteranis autem jure communi. De aliis autem perſonis omnibus, quae non per ſpeciale privilegium hoc acceperunt, ſi poſſint teſtari dubitatum fuerat: vt puta viris diſertiſſimis patronis cauſarum, virisque devotiſſimis, Memorialibus et Agentibus in rebus, nec non magiſtris ſtudiorum liberalium, Archiatris quoque et aliis omnibus omnino, qui ſalaria et ſtipendia percipiunt publica §. 1. In his itaque omnibus ſancimus, (quia ad imitationem peculii caſtrenſis quaſi caſtrenſe peculium ſupervenit) omnes, qui tale peculium poſſident, ſuper ipſis tantummodo rebus, quae quaſi caſtren-

caſtrenſis peculii ſunt, ultima condere (ſecundúm leges tamen) poſſe elogia: hoc nihilominus eis addito privilegio, ut neque eorum teſtamenta inofficioſi querela expugnentur. Si enim patronus adverſus res, quas libertus ex caſtris acquiſivit, ſui juris indubitanter conſtitutus, etſi praeteritus fuit ab ingrato liberto, tamen contra hujusmodi peculium contra tabulas bonorum poſſeſſionem non habet ſecundum veterum legum ſanctionem: quemadmodum oportet praefata peculia, quae ad inſtar caſtrenſis peculii introducta ſunt, de inofficioſo querelae eſſe ſuppoſita. §. 2. Sed hoc obtinere oportet, donec in ſacris parentum ſuorum conſtituti ſunt, qui quaſi caſtrenſe peculium poſſident. Si enim ſui juris efficiuntur; procul dubio eſt, eorum teſtamenta, et pro ipſis, quas antea ex quaſi caſtrenſi peculio habebant, poſſe de inofficioſo querelam ſuſtinere: cum neque nomen permanet, ſed aliis rebus confunditur, et ſimilem fortunam recipit, quemadmodum et caeterae res eorum, quae in unum congregantur ex omnibus patrimonium. Die äuſſere Form der Teſtamente muß bey dem peculio quaſi caſtrenſi völlig beobachtet werden. Das peculium caſtrenſe hat freylich gleiches privilegium mit dem quaſi caſtrenſi, aber auch bey jenem muß man die äuſſere Form beobachten, wenn nicht in expeditione teſtirt wird. Vor dieſer Conſtitution hatten verſchiedene Staatsbedienten das privilegium peculii quaſi caſtrenſis. Die jetzige aber hat es allen Erwerbungen durch Bedienungen und freye Künſte gemein gemacht. Memoriales ſind alle Mitglieder der Kanzleyen. Agentes waren Commiſſarien, die zu allerley Behuf in die Provinz geſchickt wurden. Daß bey Leuten, die nicht mehr unter väterlicher Gewalt ſtanden, ſich weder peculium caſtrenſe noch quaſi caſtrenſe gedenken ließ, war überflüßig anzuführen.

§. 64. Weil über das peculium caſtrenſe und quaſi caſtrenſe der Sohn teſtiren kann, ſo muß auch der Vater, wenn er ihn zu Erben ernennt, die Auflagen, welche ihm dabey geſchehen, befolgen, und da, wer omiſſa cauſa teſtati ab inteſtato erben will, ſich von den Laſten des Teſtaments dadurch nicht befreyen kann, ſo hat es in dieſem Falle mit dem Vater gleiche Bewandnis L. 17. §. 3. de teſtam. mil. Si pater a filiofamilias milite ex caſtrenſi peculio heres inſtitutus, omiſſa cauſa teſtamenti, aliquid ex peculio poſſidebit, dolove malo fecerit, quo minus poſſideret, datur in eum legatorum actio.

§. 65. Wenn derjenige, welcher jezt würklich der Gewalt befreyet iſt, welche ihn zu teſtiren hinderte, ſolches nicht weiß, ſo gilt ſein Teſtament ohnerachtet der Befreyung nicht, da er es nach ſeiner Meynung als ein unter eines andern Gewalt Stehender gemacht hat. L. 14. qui teſtam. fac. poſſ. Qui in teſtamento domini manumiſſus eſt, ſi ignorat, dominum deceſſiſſe aditamque ejus eſſe hereditatem, teſtamentum facere non poteſt: licet jam paterfamilias et ſui juris eſt. Nam qui incertus de ſtatu ſuo eſt, certam legem teſtamento dicere non poteſt. L. 15. eod. De ſtatu ſuo dubitantes vel errantes teſtamentum facere non poſſunt: vt Divus Pius reſcripſit. Vlp. Frag. §. 11. Tit. 20. Qui de ſtatu ſuo incertus eſt facito, quod, patre peregre mortuo, ignorat, ſe ſui juris eſſe, teſtamentum facere non poteſt. Facito bey Vlpian heiſt ſo viel, als pone.

§. 66. Es geht mit denen, die unter fremder Gewalt ſtehen, eben ſo, wie mit den vorigen Perſonen, ſo des Teſtaments unfähig waren. Wenn ſich auch ihr Zuſtand in der Folge verändert, ſo bleibt doch das Teſtament, ſo ſie einmal ungültig gemacht haben, immer

mer ungültig L. 19. Qui teſtam. fac. poſſ. Si filiusfamilias aut pupillus aut ſervus tabulas teſtamenti fecerit, ſignaverit, ſecundum eas bonorum poſſeſſio dari tum poteſt, licet filiusfamilias ſui juris, aut pupillus pubes, aut ſervus liber factus deceſſerit: quia nullae ſunt tabulae teſtamenti, quas is fecit, qui teſtamenti faciendi facultatem non habuerit.

§. 67. Wer eines Verbrechens wegen für einen Inteſtabilem erklärt worden, der konnte weder ein Teſtament machen, noch bey ſolchem und ſonſt Zeuge ſeyn. Beſonders fand ſich dies bey Pasquillen, Plackereyen u. ſ. w. L. 18. §. 1. Qui teſtam. fac. poſſ. Si quis ob carmen famoſum damnetur, Senatusconſulto expreſſum eſt, vt inteſtabilis ſit. Ergo nec teſtamentum facere poterit, nec ad teſtamentum adhiberi L. 26. eod. Cum lege quis inteſtabilis jubetur eſſe: eo pertinet, ne ejus teſtimonium recipiatur. Et eo amplius (vt quidam putant) neve ipſi dicatur teſtimonium. Paul. Sent. L. 3. tit. 4. a de teſtam. §. 13. Repetundarum damnatus nec ad teſtamentum, nec ad teſtimonium adhiberi poteſt. Weil der eines Pasquills halber Verurtheilte nur nicht teſtiren und Zeuge ſeyn kann, ſo ſchließt Charond. Veriſimil. Otto. Theſ. Tom. I. p. 755. daraus, daß er zu Erben ernennt werden könne. Der letztere Satz des Paulus ſcheint dem Vlp. L. 20. § 5. Qui teſtam. fac. poſſ. zu widerſprechen. Am beſten aber wird hier ein Fehler in Weglaſſung des non angenommen. Der Florentiniſche Codex hat zwar die Negation nicht, und ein Scholiaſt der Baſilicarum hat den Vlpian auch bejahend verſtanden. Das iſt aber blos ein Zeichen, daß der Fehler ſehr alt, und vermuthlich von den Verfertigern der Pandekten ſelbſt begangen iſt.

§. 68. Apoſtaten und Ketzer ſollen ebenfalls keine Teſtamente errichten, L. 3. C. de apoſtat. L. 4. C. de haeret. ingleichen diejenigen, ſo Blutſchande verübt haben L. 6. de Avthent. Inceſtas C. de inceſt. nupt.

§. 69. Da ein Abgeordneter an fremde Nationen ſeinen Zuſtand in nichts veränderte, ſo war es kaum nöthig anzumerken, daß dieſer auch zur Zeit ſeiner Geſandſchaft ein Teſtament machen könne. Der Zweifel mochte ſeyn, daß etwa bey ihm die Sache nicht nach Römiſchen, ſondern den Geſetzen ſeines Aufenthalts zu beurtheilen wäre. Aber der Geſandte wird den Geſetzen des Orts, wo er hinkommt, nicht unterworfen L. 13. §. 1. Qui teſtam. fac. poſſ. Item qui apud externos legatione funguntur, poſſunt facere teſtamentum.

§. 70. Die Gemeinſchaft der Güter, worinn der Erblaſſer ſtand, konnte ihn an der Freyheit zu teſtiren nicht hindern, weil er mit ſeinem Antheil nach Belieben ſchalten kann. L. 1. C. Qui teſtam. fac. poſſ. Quamquam omnium bonorum ſocer tuus itemque frater ejus ſocii fuerint: tamen non eo minus idem frater ejus, cum fati munus impleret, teſtamento ſuo potuit ſibi heredem inſtituere, quem vellet. Item non id circo minus is teſtamenti ſanctionem habet, quod indiviſam ſucceſſionem cum ſorore ſua dicatur habuiſſe.

Drittes

Drittes Kapitel.

Perſonen, die zu Erben ernannt werden können.

§. 71. Regel von tüchtigen Erben. §. 72. Taube und Stumme können erben. §. 73. Ingleichen Verrückte. §. 74. Von Deportatis. §. 75. Von ſolchen, die unter eines Andern Gewalt ſtehen. §. 76. Von heredibus neceſſariis und ſuis. §. 77. Ein heres neceſſarius kann in der Folge ein voluntarius werden. §. 78. Ein eigener Knecht des Teſtirers wurde nur Erbe, wenn er nach erlangter Freyheit des Bürgerrechts fähig war. (§. 95.) §. 79. Ein verpfändeter Knecht kann von ſeinem Herrn zum Erben ernannt werden. §. 80. Ingleichen ein Knecht, der ſchon von Todes wegen verſchenkt iſt. §. 81. Ob dem eigenen Knechte bey der Erbeinſetzung die Freyheit beſonders mit gegeben werden müſſe. §. 82. Ein Knecht, welchem der Erblaſſer die Freyheit ſchon ſchuldig iſt, wird nicht deſſelben heres neceſſarius. §. 83. Von dem Knechte, dem die Erbſchaft unter einer Bedingung zukommt. §. 84. Beſonders wenn ſie ihm aus einer Pupillar-Subſtitution zuſteht. §. 85. Der Knecht bleibt bey der Veräuſſerung, welche der Erblaſſer mit ihm vornimmt, nicht heres neceſſarius. §. 86. Vorausgeſetzt, daß das Eigenthum ſelbſt einem andern überlaſſen worden. §. 87. Und kein Rückverkauf geſchahe. §. 88. Die nachherige Freylaſſung, ſo vom Erblaſſer geſchahe, verwandelte den Knecht in einen heredem voluntarium. §. 89. Fall, wo der Knecht, der erhaltenen Freylaſſung ohnerachtet, heres neceſſarius blieb. §. 90. Ein Suus verwandelt ſich durch Emancipation in einen freywilligen Erben. §. 91. Ingleichen durch Arrogation nach des Vaters Tode und pendente conditione. §. 92. Von Ernennung des Knechts mit der Bedingung: wofern er zur Zeit des Todes des Erblaſſers ihm noch zugehören ſollte. §. 93. Von Ernennung eines gemeinſchaftlichen Knechts durch einen der Miteigenthümer mit oder ohne gegebene Freyheit, im eignen oder des Pupillen Teſtamente. §. 94. Von Ernennung des gemeinſchaftlichen Knechts durch beyde Herren zugleich, welche beyde neben einander umkommen. §. 95. Ein Knecht, deſſen Freylaſ-

 ſung

ſung unterſagt iſt, kann nicht von ſeinem Herrn zum Erben ernannt werden. (§ 78.) §. 96. Fall, wo ehemals die ausdrückliche Freylaſſung neben der Erbeinſetzung des Knechts nicht nöthig war. §. 97. Neben der Erbeinſetzung des Knechts im Teſtamente durfte die Freylaſſung nicht im Codicill geſchehen. §. 98. Aenderung des K. Juſtinian. §. 99. Fall, wo Legat des Knechts und deſſen Erbeinſetzung ſchon ehemals gültig mit einander verbunden werden konnte. §. 100. Noch ein Fall dieſer Art. §. 101. Fall, da Erbeinſetzung und Freyheit verbunden, und auf den Fall der Nachbeerbung ein Legat dem Knecht gegeben worden. §. 102. Bey Fideicommiſſen und Legaten iſt noch nach dem neueſten Rechte die Freyheit ausdrücklich zu erwähnen, wenn ſolche ertheilt ſeyn ſoll. §. 103. Fall, wo die Freyheit pure, und die Erbeinſetzung unter der Bedingung, ſi liber erit, verordnet iſt. §. 104. Fall, da bey der Verbindung der Erbeinſetzung und Freyheit, in Anſehung beyder Stücke, oder des einen, Bedingung oder Zeitbeſtimmung beygefügt iſt. §. 105. Bedingung bey der Freyheit macht auch die Erbeinſetzung bedingt. §. 106. Fall, wo der Erblaſſer unter ſolchen Umſtänden den Knecht veräuſſert oder freyläßt. §. 107. Dergleichen. §. 108. Unterſchied in der Erbeinſetzung, ob in ſolchem Fall die Bedingung vor der Veräuſſerung oder Freylaſſung ausgefallen, oder nachher. §. 109. Unterſchied in Anſehung der Vermächtniſſe. §. 110. Iſt neben der Erbeinſetzung bedingt die Freyheit gegeben, ſo ändert die Freylaſſung inter vivos die Erbeinſetzung nicht. §. 111. Neue Verordnung von dem Fall, da die Erbeinſetzung unbedingt, die Freylaſſung bedingt geſchehen, und die Bedingung nicht würklich wird. §. 112. Fall, da die Bedingung der Freyheit, ſo neben der Erbeinſetzung gegeben worden, bey Ableben des Erblaſſers noch in ſuſpenſo war, aber der Knecht zur Belohnung der Entleibungs-Anzeige frey wurde. §. 113. Wem Erbſchaft und Freyheit zugleich gegeben iſt, dem kann die letztere nicht allein entzogen werden. §. 114. Fortſetzung. §. 115. Ein Verſchuldeter konnte nur einen einzigen ſeiner Knechte zu Erben ernennen. Fall, da er zwey gleiches Namens einſetzte. §. 116. Zweye von verſchiedenen Namen. §. 117. Fall, da verſchiedene Knechte Fideicommiſſariſche Erben werden ſollen. §. 118. Da der zweyte ernannte Knecht ſchon an ſich ein ſtatu liber iſt. §. 119. Der vom Verſchuldeten

zum

zum Erben ernannte Knecht, erbt nur, wenn kein Subſtitut vorhanden, der erben kann und will. §. 120. Fall, wo den Verſchuldeten der Knecht beerbt, obgleich noch ein anderer Erbe vorhanden. §. 121. Der Knecht des Verſchuldeten wird nicht Erbe, wenn ihm auſſer den Schulden noch ſonſt etwas im Wege iſt. §. 122. Das beſondere auf ihn haftende Pfandrecht wird durch ſeine Erbnahme nicht gehoben. §. 123. Ein fremder Knecht erwirbt die ihm verlaſſene Erbſchaft ſeinem Herrn. §. 124. Wo mehrere Herren vorhanden, da erben ſie nach Verhältnis des Eigenthums. §. 125. Wenn nur einige der Herren dem Knecht die Antretung erlauben, ſo fällt dieſen der Antheil der übrigen zu. §. 126. Des Knechts Herr muß der Erbſchaft fähig ſeyn. §. 127. Der Knecht eines noch Ungebohrnen kann zum Erben ernannt werden. §. 128. Ingleichen ein Servus hereditarius. §. 129. Ob, wenn einem verkauften Knechte vor deſſen Uebergabe eine Erbſchaft vermacht iſt, ſolche an den Käufer, oder an den Verkäufer falle. §. 130. Von Veräuſſerung oder Freylaſſung des fremden Knechts. §. 131. Einem fremden Knechte kann nicht neben der Erbſchaft die Freyheit vermacht werden. §. 132. Aber unter der Bedingung: ſi liber erit, kann man ihn zu Erben ernennen, welches bey dem eigenen Knechte nicht angeht. §. 133. Wird einem fremden Knechte Erbſchaft und Freyheit gegeben, ſo iſt die letztere als nicht ausgedrückt anzuſehen. §. 134. Was bey einem gemeinſchaftlichen Knechte hierin Rechtens. §. 135. Beſonders wenn der Miteigenthümer allein oder zugleich zum Erben ernannt iſt. §. 136. Ein bona fide ſerviens iſt kein Notherbe. §. 137. Er nimmt auch eines andern, als deſſen, dem er dient, Erbſchaft nur freywillig an. §. 138. Ernennung eines ſolchen, der in der Kriegsgefängenſchaft iſt. §. 139. Geſetz von denen, die nicht teſtiren, noch erben können. §. 140. Ernennung einer perſonae incertae, ſo nicht auszumachen. §. 141. Vermächtnis-Ertheilung oder Entnehmung, ſo bey einer ſolchen Perſon geſchehen. §. 142. Ob ſich bey dieſen die Grundſätze geändert. §. 143. Ungültigkeit der Erbeinſetzung ungewiſſer Perſonen in einer andern Bedeutung. §. 144. Einſchränkung. §. 145. Erbeinſetzung der Gemeinheiten, beſonders Fideicommiſſariſche. §. 146. Vermächtniſſe an Gemeinheiten. §. 147. Inſtitutio directa derſelben vor Juſtinian. §. 148. Von unbeſtättigten Geſell-

ſchaften. §. 149. Erbeinſetzung der Götter. §. 150. Der Poſtumorum. §. 151. Von Vermächtniſſen an perſonas incertas. §. 152. Neuere Grundſätze. §. 153. Collectiv-Benennung der Bürger. §. 154. Der Verwandten. §. 155. Erbeinſetzung eines Unbekannten. §. 156. Eines ſolchen, den erſt eine künftige Begebenheit beſtimmen ſoll. §. 157. Man kann den Landesfürſten zu Erben ernennen. §. 158. Nur nicht eines habenden Proceſſes wegen. §. 159. Von Erbeinſetzung des Teſtamentszeugen, oder Dictirers des Teſtaments, und von Vermächtniſſen an ſolche Perſonen. §. 160. Von Dedititiis, Latinis Iunianis, und andern Peregrinis. §. 161. Verſchiedene, die ehemals ganz oder zum Theil nicht erben konnten. §. 162. Beſonders Ehegatten untereinander. §. 163. Aufgehobene ältere und eingeführte neuere Verbote der Erbeinſetzung. §. 164. Wer ſonſt nicht ganz zu Erben ernannt werden kann, kann es doch bey Verſchuldung des Erblaſſers. §. 165. Die vom Landesfürſten geſtattete Erlaubnis, Jemanden das Seinige zu vermachen, ſchließt andere Einwendungen gegen das Teſtament nicht aus, die auſſer der Fähigkeit der Perſon gemacht worden. §. 166. Zu welcher Zeit die Fähigkeit des Erben vorhanden ſeyn müſſe. §. 167. Von Ernennung eines untüchtigen Erben auf den Fall, daß er tüchtig ſeyn wird. §. 168. Von der Untüchtigkeit auſſer der Zeit, worauf es ankommt.

§. 71.

Was diejenigen betrift, welche zu Erben ernannt werden können, ſo waren derer, die der Erbeinſetzung und Erbſchaften unfähig wären, ſo viele nicht. Auch diejenigen, welche keine Teſtamente machen können, ſind dennoch meiſtentheils fähige Erben, weil bey der Erlangung der Erbſchaft der Grund wegfällt, welcher ein Teſtament zu machen hinderte. Vlpian giebt Fragm. Tit. 22. §. 1. davon eine Regel: Heredes inſtitui poſſunt, qui teſtamenti factionem cum teſtatore habent. Sie heiſt aber nichts, und iſt ein bloßes Idem per idem. Beſſer

ſagt

ſagt man, ein jeder könne erben, den die Geſetze nicht ausſchlieſſen.

§. 72. Ein ſolcher, der taub oder ſtumm iſt, kann oft kein Teſtament machen, wie oben vorgekommen. Aber Erbe kann er werden. L. 1. §. 2. de heredib. inſtit. Mutus et ſurdus recte heres inſtitui poteſt. Ehemals konnte ein ſolcher nicht emtor familiae ſeyn. Vlp. Fragm. Tit. 20. §. 7. Deshalb iſt vermuthlich der Satz angemerkt, der ſonſt keinen Zweifel hätte.

§. 73. Auf gleiche Weiſe verhält es ſich mit einem Verrückten. Er konnte kein Teſtament machen, weil er keiner freyen Handlung fähig iſt. Aber er iſt ein Menſch, und iſt deshalb der Erwerbungen, und alſo auch der Paſſiv-Erbeinſetzung fähig. L. 16. §. 1. qui teſtam. fac. poſſ. Marcellus notat: Furioſus quoque teſtamenti factionem habet, licet teſtamentum facere non poteſt. Ideo autem habet teſtamenti factionem, quia poteſt ſibi acquirere legatum vel fideicommiſſum. Nam etiam compotibus mentis perſonales actiones etiam ignorantibus acquiruntur. Weil nicht allemal compotes mentis ohne ihr Wiſſen perſönliche Klagen erwerben, und nicht abzuſehen, warum eben dieſer der Juriſt erwähne; ſo will A. Faber Conject. L. 9. c. 19. für perſonales actiones, lieber: perſonis tales actiones leſen. Nur konnte ein Verrückter die Erbſchaft nicht ſelbſt antreten. Die für ihn vom Curator geſchehene Annehmung der Erbſchaft galt nur unter der ſtillſchweigenden Bedingung, wenn der Verrückte vor ſeinem Ende ſeinen Verſtand wieder erhielt, und die Annehmung der Erbſchaft dergeſtalt ſelbſt noch genehmigen konnte. Starb der Wahnſinnige in dieſem Zuſtande, ſo gieng die geſchehene Annehmung zurück, und die Erbſchaft fiel dem zu, welcher ſie erhalten hätte, wenn die Annehmung von An-

 fange

fange nicht geſchehen wäre. Dies war wenigſtens da Rechtens, wo eine Annehmung nöthig war. Diejenigen, ſo ipſo jure, und ohne Annehmung ſchon, durch den Tod des Erblaſſers, Erben wurden, blieben es, es mochte mit ihren Gemüthsumſtänden werden, wie es wollte. Nach dem Römiſchen Rechte iſt dies ausgemacht. Becmann de acquiſ. heredit. dementi delatae. Pesler de ſucceſſ. ad furioſ. devol Ob aber ein Gleiches auch in Teutſchland zu ſagen ſey, daran haben die Rechtslehrer noch nicht mit Ernſt gedacht. Ich habe in der von Hahnſchen Erbangelegenheit bey hieſiger Facultät ein weitläufiges Reſponſum ausgefertiget, worin ich dieſe Frage mit wichtigen Gründen verneinet habe.

§. 74. Bey denen, welche die Deporation erlitten hatten, traf es zu, daß, wie ſie ehemals nicht teſtiren durften, ſie auch nicht zu Erben ernannt werden konnten. Sie hatten nemlich das Bürgerrecht verlohren, und als peregrini konnten ſie nicht erben. Dies iſt auch geblieben, nachdem die ſervitus poenae aufgehoben worden. Denn der Grund, der Verluſt des Bürgerrechts, weshalb ſie nicht Erben werden können, blieb eben derſelbe. L. 1. C. de hered. inſt. Qui deportantur, ſi heredes ſcribuntur, tamquam peregrini, capere non poſſunt, ſed hereditas in ea cauſa eſt, in qua eſſet, ſi ſcripti non fuiſſent. L. 3. pr. de his, quae pro non ſcript. Si in metallum damnato quid extra cauſam alimentorum relictum fuerit; pro non ſcripto eſt, nec ad fiſcum pertinet. Nam poenae ſervus eſt, non Caeſaris. Et ita Divus Pius reſcripſit. Alle ſonſt der Vermächtniſſe unfähige Perſonen konnten doch gültig den Unterhalt vermacht bekommen.

§. 75 Was beſonders diejenigen anlangt, die unter väterlicher oder herrſchaftlicher Gewalt ſtanden, als welcher

welche keinen letzten Willen errichten durften; ſo war kein Grund vorhanden, warum dieſe nicht hätten können zu Erben ernannt werden. Der Gewinn, der ihnen zugedacht war, fiel, wenn ſie unter eines andern, als des Erblaſſers, Gewalt ſtanden, nicht ihnen, ſondern denen zu, unter deren Gewalt ſie ſtanden, und es war, als wenn man dieſe zu Erben ernannt hätte. Majans de ſervis hered. inſtituend. Alſo kam ihr Mangel an der völligen Freyheit ihrer Perſon nicht in Betracht. Wie die neuern Rechte dasjenige, was den unter eines andern väterlichen Gewalt ſtehenden Kindern verlaſſen worden, zu einem peculio adventitio gemacht, iſt bekannt.

§. 76. Wenn die Kinder unter väterlicher, und die Knechte unter der herrſchaftlichen Gewalt des Erblaſſers ſich befanden, ſo erhielten ſie durch deſſen Tod, oder durch das Teſtament die Freyheit, und es war ihrer Fähigkeit zu erben nichts weiter im Wege. Sie unterſchieden ſich aber vor andern Erben darin, daß ſie in dieſem Fall heredes neceſſarii, und ſui et neceſſarii waren, denen andere Erben, unter dem Namen der voluntariorum, entgegen geſetzt waren. Neceſſarii hießen diejenigen Erben, welche gezwungen waren, die Erbſchaft anzunehmen, und alſo keine Wahl hatten, ob ſie ſolche annehmen wollten, oder nicht. Die Kinder, als ſui et neceſſarii, hatten dieſe Wahl nicht, bis ihnen neuerlich das prätoriſche beneficium abſtinendi gegeben wurde. Die Knechte blieben bis in die neueſten Zeiten unter dem Zwange. Die Rechte und Pflichten eines Erben giengen an ſie gleich durch den Todt des Erblaſſers über. Bey den Suis iſt wenigſtens das geblieben, daß ſie in die Rechte des Erben zur Würkung der Transmißion der Erbſchaft ipſo jure eintreten. In aller andern Abſicht aber haben ſie ſich neuerlich erſt zu erklären, ob ſie zu abſtiniren, oder ſich zu immiſciren, Willens ſind. Heredes

des voluntarii treten in die Rechte und Pflichten der Erben erſt durch die Erklärung zur Erbſchaft ein, und erklären ſich freywillig. pr. I. de her. qualit. et differ. Heredes autem aut neceſſarii dicuntur, aut ſui et neceſſarii, aut extranei §. 1. eod. Neceſſarius heres eſt ſervus heres inſtitutus. Ideoque ſic appellatur, quia ſive velit, ſive nolit, omnino poſt mortem teſtatoris protinus liber et neceſſarius heres fit. Vnde qui facultates ſuas ſuſpectas habent, ſolent ſervum ſuum primo aut ſecundo, aut etiam vlteriore gradu heredem inſtituere: vt ſi creditoribus ſatis non fiat, potius ejus heredis bona, quam ipſius teſtatoris, a creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praeſtatur, vt ea, quae poſt mortem patroni ſui ſibi acquiſierit, ipſi reſerventur. Et quamvis bona defuncti non ſufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea cauſa res ejus, quas ſibi acquiſierit, non veneunt. §. 2. eod. Sui autem et neceſſarii heredes ſunt, veluti filius, filia, nepos, neptisve ex filio, et deinceps caeteri liberi, qui in poteſtate morientis modo fuerint. Sed vt nepos neptisve ſui heredis ſiut, non ſufficit, eum eamve in poteſtate avi mortis tempore fuiſſe: ſed opus eſt, vt pater ejus vivo patre ſuo deſierit ſuus heres eſſe, aut morte interceptus, aut quaſi vel alia ratione liberatus a patria poteſtate. Tunc enim nepos neptisve in locum patris ſui ſuccedit. Sed ſui quidem heredes ideo appellantur, quia domeſtici heredes ſunt, et vivo quoque patre quodammodo domini exiſtimantur. Vnde etiam ſi quis inteſtatus moriatur, prima cauſa eſt in ſucceſſione, liberorum. Neceſſarii vero ideo dicuntur, quia omnino, ſive velint, ſive nolint, tam ab inteſtato, quam ex teſtamento, ex lege duodecim tabularum, heredes fiunt. Sed his praetor permittit, volentibus, abſtinere hereditate, vt potius parentis, quam ipſorum bona, ſimiliter

ter a creditoribus poſſideantur. §. 3. eod. Caeteri, qui teſtatoris juri ſubjecti non ſunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi noſtri, qui in poteſtate noſtra non ſunt, heredes a nobis inſtituti, extranei heredes nobis videntur. Qui de cauſa et qui heredes a matre inſtituuntur, eodem numero ſunt, quia foeminae in poteſtate liberos non habent. Servus quoque, heres a domino inſtitutus, et poſt factum teſtamentum ab eo manumiſſus, eodem numero habetur. Caji Inſtit. L. 2. tit. 3. §. 6. Heredes autem ſui ſunt, aut neceſſarii, aut extranei. Sui heredes appellantur filii, aut nepotes ex filiis maſculis, quos in poteſtate avus vel pater habet. Neceſſarii ſunt heredes ſervi, qui cum libertate heredes inſtituuntur. Neceſſarii ideo, quia aut velint, aut nolint, neceſſe eſt eis heredes eſſe. Nam qui creditoribus tenentur obnoxii, et putant, ſe non tantum in ſubſtantia, quantum in debitis, relinquere, ipſi ſervos ſuos manumittunt, et heredes neceſſarios faciunt, vt quo magis heres, quam dominus, infamiam incurrat, quum res ejus, id eſt, hereditas domini pro debitis venditur, et creditoribus datur. Extranei ſunt, qui nullo propinquitatis gradu teſtatori jungantur, ſed eos quicunque pro arbitrio ſuo ſcribit heredes. Vlp. Fragm. tit. 22. §. 24. Inter neceſſarios heredes, id eſt, ſervos cum libertate heredes ſcriptos, et ſuos ſcilicet neceſſarios, id eſt, liberos, qui in poteſtate ſunt, jure civili nihil intereſt: nam vtrique etiam inviti heredes ſunt. Sed jure praetorio ſuis et neceſſariis heredibus abſtinere ſe a parentis hereditate permittitur. Neceſſariis autem tantum heredibus abſtinendi poteſtas non datur. Daß ein Knecht nach §. 2. I. wegen ſeiner nachherigen Erwerbungen von den Schulden des Patrons befreyt war, gehörte ehemals, da das beneficium inventarii noch nicht eingeführt war, unter die beſondern Vorzüge eines heredis neceſſarii. Denn jeder andere Erbe haftete nach angenommener

mener Erbſchaft, über deren Kräfte hinaus, auch mit ſeinem eignen Vermögen. Bey dem Knechte war hier, ſtatt des beneficii inventarii, das jus ſeparationis, deſſen er ſich bedienen muſte, wenn er ſein künftig Vermögen von den Schulden des Erblaſſers retten wollte L. 1. §. vlt. de Separat. Neuerlich würden ſich die Knechte auch des beneficii inventarii bedient haben. Ein mittelbarer Abkömmling iſt nach §. 2. nur denn ein ſuus et neceſſarius heres, wenn er unmittelbar unter des Teſtirers Gewalt ſtand. Sonſt iſt er in Anſehung ſeiner ein heres extraneus, weil er ihn ab inteſtato nicht beerbt. Die Emancipation des Sohnes würde den Enkel des Teſtirers, des Emancipirten Sohn, neuerlich nicht zum herede ſuo et neceſſario machen, weil dem Sohne die Emancipation an der Beerbung des Vaters ab inteſtato nicht ſchadet. Die 12 Tafeln ſagten Tab. V. Si inteſtato moritur, cui ſuus heres nec eſcit, agnatus proximus familiam habeto. Daraus blieb die Benennung heres ſuus, und der nahe Anſchluß der Kinder an den Vater in der Beerbung. Wenn der Herr den eingeſetzten Knecht noch bey Leben freylääßt, ſo wird er ein heres voluntarius nach §. 3. I. Eben ſo hört ein zum Erben ernannter Suus auf, ein ſolcher zu ſeyn, wenn ihn der Vater in der Folge emancipirt. Wofern der Herr den Knecht in der Folge verkaufte; ſo erwarb er nun die Erbſchaft ſeinem neuen Herrn, der als ein heres voluntarius hier eintrat, und er erlangte die Freyheit nicht.

§. 77. Wenn der Sohn zur Zeit des Todes des Vaters noch ein Suus geweſen, ſo kann er doch ein heres voluntarius werden, wofern er aus der Familie des Vaters vor der Zeit, da ihm die Erbſchaft zufällt, herausgeht. Dies geſchieht unter andern, wenn er unter einer auf die Zukunft gerichteten Bedingung zu Erben ernannt iſt, und er nach dem Tode des Vaters, pendente conditione, ſich von

von einem andern arrogiren läßt, hernach aber die Bedingung zur Würklichkeit kommt. Hier iſt er tempore delatae hereditatis ein extraneus. L. 20. de lib. et poſtum. Sub conditione filius heres inſtitutus, ſi pendente conditione adrogandum ſe dedit, neceſſarius heres non erit.

§. 78. Wenn alſo der Teſtirer ſeinen eignen Knecht zum Erben ernennt, ſo erhält dieſer zugleich Erbſchaft und Freyheit. Nur muſte der Knecht ein ſolcher ſeyn, daß er, nach erlangter Freyheit völlig Römiſcher Bürger werden konnte. War das nicht, ſo fiel die Erbeinſetzung, auch bey zugleich ertheilter Freyheit, hinweg. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 8. Eum ſervum, qui tantum in bonis noſtris eſt, nec cum libertate heredem inſtituere poſſumus, quia Latinitatem conſequitur, quod non proficit ad libertatem capiendam. Wer nicht jure quiritium dem Teſtirer zugehörte, der wurde bey der Freylaſſung nur ein libertus juris Latini. Juſtinian hat aber, wie bekannt, allen Unterſchied der Libertorum aufgehoben.

§. 79. Von dem Knechte, den ſein Herr verpfändet hat, bleibt dieſem dennoch das Eigenthum. Daher ſetzt er ihn, wie einen andern ſeiner Knechte, zum Erben ein, und macht ihn zum Notherben. Nur muß der Gläubiger ſeiner Forderung halben befriedigt werden. L. 30. de hered. inſtit. Pignori obligatum ſervum, neceſſarium domino poſſe fieri, imperator Severus reſcripſit. Ita tamen, ſi paratus ſit, prius creditori ſatisfacere.

§. 80. Weil eine Schenkung von Todeswegen bey Leben der Partheyen dem Donatarius kein Eigenthum giebt, ſo konnte der Donator den auf den Todesfall verſchenkten Knecht noch zu Erben ernennen, und ihn zum Notherben

ben machen. L. 76. de hered. inſtit. Servus vxori a marito mortis cauſa donatus marito manet, vt et Iuliano quoque videtur. Idem, ſi accipiat libertatem ſimul et hereditatem, viro neceſſarius heres erit. Nec ſine libertate aliquid ei legari poteſt. Dadurch, daß er ihn zum Erben ernannte, und ihm die Freyheit verließ, wiederrufte er die Schenkung, welches ihm frey ſtand. Ein dem Knecht vermachtes Legat galt, ohne dazu gegebene Freyheit, nicht, weil dem eigenen Knecht der Erblaſſer nichts geben kann. Cujacius will id eſt, ſtatt: idem geleſen haben. Die Aenderung iſt aber nicht nöthig.

§. 81. Die ältern Rechtslehrer waren mehrentheils der Meynung, daß die Freyheit ausdrücklich neben der Erbeinſetzung ertheilt werden müſſe. Vlp. Frag. Tit. 22. §. 11. Proprius ſervus cum libertate heres inſtitutus, ſiquidem in eadem cauſa permanſerit, ex teſtamento liber et heres fit, id eſt neceſſarius. §. 12. eod. Quodſi ab ipſo teſtatore vivente manumiſſus vel alienatus ſit, ſuo arbitrio vel juſſu emtoris hereditatem adire poteſt. Sed ſi ſine libertate ſit inſtitutus, omnino non corruit inſtitutio. Dies hat aber Iuſtinian in einem hernach anzuführenden Geſetze aufgehoben. Nach dieſer Verordnung iſt der Zuſatz nicht nöthig, ſondern es verſteht ſich ſchon von ſelbſt und ſtillſchweigend, daß mein Knecht, den ich zum Erben ernenne, frey werde, weil ein Knecht als Knecht und für ſich nicht erben kann. Die Erbeinſetzung iſt eine manumiſſio tacita.

§. 82. Derjenige meiner Knechte, der mein heres neceſſarius werden ſollte, muſte kein ſtatu liber, d. i. ein ſolcher ſeyn, der zur Freyheit ſchon vor dem Teſtament ein auf gewiſſe Umſtände gegründetes Recht hatte. L. 84. pr. de hered. inſtit. Si ſervo fideicommiſſo data ſit libertas: heres hunc eumdem ſervum cum libertate heredem

reli-

reliquiſſet: quaeſitum eſt, an neceſſarius fiat heres. Et humanius eſt, et magis aequitatis ratione ſubnixum, non fieri neceſſarium. Qui enim etiam invito defuncto, poterat libertatem extorquere: is liber eſſe juſſus, non magnum videtur beneficium a defuncto conſequi. Imo nihil commodi ſenſiſſe, ſed magis debitam ſibi accepiſſe libertatem. §. 1. eod. Idem probandum erit, et in illo ſervo, quem teſtator ea lege emerat, vt manumitteret, ſi heres fuerit inſtitutus. Nam et hic, ſepoſito beneficio teſtatoris, proprio jure poterit ad libertatem pervenire ex conſtitutione Divi Marci. §. 2. eod. Idem et in eo, qui propria ſua data pecunia, emtus eſt ab aliquo. Nam et hic poterit ab ipſo teſtatore libertatem extorquere. Die Conſtitutio D. Marci iſt die, welche L. 2. C. Si manc. ita fuer. alien. vorkommt, wovon im Werke vom Kauf- Mieth- und Pacht-Contract geredet worden. §. 2. ſetzt einen Fall, wo dem Knecht, der mit deſſen eigenem Gelde erkauft iſt, dabey zugleich verſprochen worden, daß ihn der Käufer in Freyheit ſetzen wolle. Davon L. 4. de manumiſſ. L. 67. de Iud. L. 8. C. de lib. cauſ.

§. 83. Wenn ihm die Freyheit unter einer gewiſſen Bedingung ſchon vorher zukam; ſo wurde er ein heres voluntarius, oder neceſſarius, nachdem die Bedingung würklich wurde, oder nicht. L. 3. §. 3. de hered. inſtit. Qui fideicommiſſam libertatem ſub conditione accepit, poteſt ab herede pure cum libertate heres inſtitui: et non exſpectata conditione, libertatem et hereditatem conſequitur: et erit interim neceſſarius: et exiſtente conditione, voluntarius heres efficietur, vt non deſinat heres eſſe, ſed vt jus in eo mutetur ſucceſſionis.

§. 64. Daher war der Knecht, den der Vater ſeinem Kinde pupillariter ſubſtituirt hatte, den aber der

Pupill verkauft, und der Käufer zum Erben ernannt hatte, nach Gelegenheit der Umſtände bald ein Notherbe bald nicht. Starb der Mündel in der Impubertät, ſo ward der Knecht deſſen Notherbe, und des Käufers frey⸗williger Erbnehmer. Ueberlebte der Mündel die Impu⸗bertät, ſo war er des Käufers Notherbe, weil aus der Pupillar⸗Subſtitution nichts wurde. L. 48. §. 2. de Vulg. et pup. ſubſt. Si pupillus ſubſtitutum ſibi ſervum alienaverit, eumque emtor liberum heredemque inſtituerit: num quid iſte in ſubſtitutione habeat ſubſtitutus vniverſum? Et ſi quidem pupillus ad pubertatem perveniret, neceſſarius ex teſtamento emtoris heres exſtitit. Sin vero intra pubertatem deceſſerit: ex ſubſtitutione quidem liber et heres fit, et neceſſarius patri pupilli: emtori autem voluntarius heres exſtitit. L. 54. de hered. inſtit. Pater filio impuberi ſervum heredem ſubſtituit, liberumque eſſe juſſit. Eum pupillus vendidit Titio. Titius eum jam primo teſtamento facto, in ſecundo teſtamento liberum heredemque eſſe juſſit. Superius teſtamentum Titii ruptum eſt, quia is ſervus et heres poteſt eſſe, et, ut ſuperius teſtamentum rumpatur, ſufficit, ita poſterius factum eſſe, vt aliquo caſu potuerit, ex eo heres exiſtere. Quod ad vim autem ejus inſtitutionis pertinet: ita ſe res habet, vt, quamdiu pupillo ex ea ſubſtitutione heres poteſt eſſe, ex Titii teſtamento libertatem, hereditatemque conſequi non poſſit. Si pupillus in ſuam tutelam pervenerit: perinde ex Titii teſtamento liber heresque ſit, ac ſi pupillo ſubſtitutus non fuiſſet. Si pupillo heres exſtitit: propius eſt, vt Titio quoque, ſi velit, heres eſſe poſſit.

§. 85. Derjenige Knecht, der als ein heres neceſſarius ernannt war, hörte auf ein ſolcher zu ſeyn, wenn man ihn in der Folge veräuſſerte. Denn nun wurde er ein ſervus alienus, und erwarb ſeinem Herrn die Erbſchaft.

ſchaft. Wenn die Freyheit ihm hier nicht ausdrücklich neben der Erbeinſetzung vermacht war; ſo war nicht nöthig, daß er nun die Freyheit durch ſtillſchweigende Manumiſſion erhielt, weil er für ſich nicht Erbe wurde. War die Freyheit aber auch ausdrücklich gegeben, ſo war das Legat der Freyheit durch die in der Folge geſchehene Veranlaſſung wiederrufen. L. 7. §. 1. de hered. inſtit. Item, ſive teſtator eum alienaverit, ſive heres poſt mortem teſtatoris: juſſu domini hereditatem adibit. Daß der Erbe ihn veräuſſere, ſolches geſchieht ſodenn, wenn ihm die Freyheit nur bedingt gegeben iſt, von welchem Fall das Principium legis redet, und neben ihm noch ein anderer Erbe ernannt, die Bedingung aber noch in ſuſpenſo iſt. In der Zeit bleibt der Knecht noch, was er vorher war. Der Miterbe kann ihn in dieſem Falle, einsweilen, als heres ex aſſe, zu ſeinem Eigenthum ziehen und veräuſſern. Nun tritt er die Erbſchaft auf Befehl des Käufers mit an. Es kommt darauf an, ob die Bedingung hernach würklich wird, oder nicht. Im letztern Falle bleibt es bey dem, was ſchon geſchehen. Im erſtern Falle erwirbt der Knecht die Erbſchaft nun ſich ſelbſt, als coheres neceſſarius.

§. 86. Die Veräuſſerung hob aber nur denn die Freyheit, ſo neben der Erbeinſetzung gegeben war, auf, wenn ſolche in Uebertragung des Eigenthums an einen andern beſtand. Wofern bloß der Nießbrauch vom Erblaſſer einem andern eingeräumt wurde, ſo blieb alles unverändert: nur muſte das Ende des Vſusfructus abgewartet werden. L. 9. §. 20. de hered. inſt. Sed et ſi non ipſe ſervus ſit alienatus, ſed vſusfructus in eo: aeque inſtitutio valet: ſed differtur in id tempus, quo extinguitur vſusfructus.

§. 87. Wenn der in der Folge veräuſſerte Knecht von ſeinem vorigrn Herrn, dem Teſtirer, wieder erkauft

kauft wurde, ſo trat er wieder in die Claſſe der heredum neceſſariorum oder Notherben. L. 9. §. 16. de hered. inſtit. Servus cum libertate heres inſtitutus, ſi ſit alienatus, juberi adire ab eo poteſt, cui alienatus eſt. Sed ſi redemtus ſit a teſtatore: inſtitutio valet, et neceſſarius heres erit.

§. 88. Wurde der eingeſetzte Knecht in der Folge von dem Teſtirer in Freyheit geſetzt, ſo blieb er doch Erbe. Nur wurde er auch ein heres voluntarius für ſich, wie im vorigen Fall der Verkaufung für ſeinen Herrn. §. 1. I. de hered. inſtit. Servus autem a domino ſuo heres inſtitutus, ſiquidem in eadem cauſa manſerit, fit ex teſtamento liber, heresque ei neceſſarius. Si vero a vivo teſtatore manumiſſus fuerit, ſuo arbitrio adire hereditatem poteſt, quia non fit heres neceſſarius, cum vtrumque ex domini teſtamento non conſequatur. Quodſi alienatus fuerit: juſſu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres. Nam ipſe alienatus neque liber, neque heres eſſe poteſt, etiamſi cum libertate heres inſtitutus fuerit. Deſtitiſſe enim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque ſervus heres inſtitutus, ſi in eadem cauſa duraverit, juſſu ejus domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus ſervus ab eo, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam adeat, debet juſſu novi domini adire. At ſi manumiſſus eſt vivo teſtatore, vel mortuo, antequam adeat, ſuo arbitrio adire poteſt hereditatem.

§. 89. In einem gewiſſen Falle blieb jedoch der Knecht ein heres neceſſarius, wenn er gleich vor der Beerbung ſchon die Freyheit erhalten hatte. Es war der, da der Teſtirer in ſeinem Teſtamente dem Knecht die Freyheit gegeben, in ſeines Kindes Teſtamente aber denſelben

ſelben pupillariſch ſubſtituirt hatte. Wenn in dieſem Fall der Pupill vor der Pubertät ſtarb, ſo wurde der ſchon durch des Vaters Teſtament frey gewordene Knecht dennoch des Kindes heres neceſſarius. Des Vaters und Kindes Teſtament waren gewiſſermaßen Ein Teſtament. Es war alſo ſo gut, als wenn in einerley Teſtamente der Knecht Freyheit und Erbſchaft zugleich erhalten hätte. L. 4. C. de neceſſ. ſerv. hered. Cum quidam ſuum pupillum heredem inſtituit, et ſervo directis verbis libertatem reliquit, et in ſecundo gradu, in quo pupillarem ſubſtitutionem faciebat, ipſum ſervum ſine libertate pupillo ſuo ſubſtituit: quaerebatur inter prudentes, ſi ex hujusmodi ſubſtitutione heres neceſſarius pupillo exiſteret. Cauſa etiam altercationis ex veteri regula orta eſt, qua omnibus placuerat, hunc ſervum neceſſarium heredem domino fieri, cui in eodem gradu et hereditas et libertas relinquebatur. In praeſenti autem non in vnum tam libertas, quam ſubſtitutio congregata eſt, ſed in alium et alium gradum. Nobis itaque eamdem altercationem decidentibus mirabile viſum eſt, ſi quis putet ex hujusmodi ſcrupoloſitate impediri teſtatoris voluntatem, maxime domini, et exiſtimet, non fieri ſervum heredem neceſſarium, ſed ei licentiam praeſtet et libertatem conſequi, et hereditatem reſpuere et domini voluntati reclamare. Qui ſi hoc facere tentaverit, etiam puniendus eſt. Sit itaque et vivo pupillo liber, quia teſtator hoc voluit: et mortuo pupillo neceſſarius heres, quia et hoc voluit teſtator. Nach den Grundſätzen des Alterthums, die Juſtinian hier anführt, war der Knecht in ſolchem Fall ein heres voluntarius. Juſtinian aber hat die Sache geändert.

§. 90. So wie der Knecht, der, nach dem Teſtamente, worin er zum Erben ernannt war, noch bey Leben des Teſtirers die Freyheit erhielt, ſich aus einem

Zwangerben in einen freywilligen verwandelte, ſo geſchähe ſolches auch bey Kindern unter des Teſtirers Gewalt, die er ernannt hatte, und die nach dem Teſtamente vom Erblaſſer emancipiret worden. L. 29. §. 16. de lib. et poſt. Quaerimus tamen, cum recepta eſt Juliani ſententia: an ſi naſcatur nepos vivo patre ſuo, deinde emancipetur, ſponte adire poſſit hereditatem. Quod magis probandum eſt. Nam emancipatione ſuus heres fieri non potuit. Nam emancipatione etc. iſt ſoviel als: ſecura emancipatione heres neceſſarius manere non potuit. Die Frage iſt hier nur von einem Poſtumo Salviano. Man ſieht aber, daß eben die Frage von allen Kindern aufgeworfen werden kann, und daß ſie bey allen auf einerley Art beantwortet werden muß.

§. 91. Eben das, daß der Sohn aus einem Zwangerben ſich in einen freywilligen verwandelte, geſchahe, wenn der Vater den Sohn bedingt zum Erben ernannt, und ſolcher nach des Vaters Tode, pendente conditione, ſich von einem andern arrogiren laſſen. L. 20. de lib. et poſt. Sub conditione filius heres inſtitutus, ſi pendente conditione arrogandum ſe dedit, neceſſarius heres non erit. Der Sohn war unter einer Poteſtativ-Bedingung zum Erben ernannt. Nach dem Tode des Vaters ward er arrogirt, und nun erfüllte er erſt die Bedingung. Weil er jetzt erſt würklich Erbe wurde und nun zu einer andern Familie gehörte, konnte er kein Zwangerbe ſeines Vaters weiter ſeyn.

§. 92. Eine beſondere Frage, ob die Erbeinſetzung des Knechts, der in der Folge freygelaſſen oder verkauft worden, bey Kräften blieb, entſtand alsdenn, wenn der Teſtirer dabey die Bedingung gemacht: wofern der Knecht bey dem Tode des Erblaſſers ihm noch gehören würde. Im Fall der geſchehenen Veräuſſerung war es klar,

klar, daß die Erbeinſetzung hier wegfiel, da es die deutlichen Worte ſo mit ſich brachten. Bey geſchehener Freylaſſung aber blieb die Erbeinſetzung, weil der Knecht doch ein libertus des Teſtirers war, und alſo gewiſſermaßen ihm noch zugehörte, da er durch das Patronat mit ihm im Zuſammenhange geblieben war. L. 51. §. 1. de hered. initit. Si quis ita ſcripſerit: *Stichus, ſi meus erit, cum moriar, liber et heres eſto*: alienatus non poterit juſſu emtoris adire hereditatem. Quamvis, etſi non erat hoc expreſſum, non alias liber et heres fieri poterat, quam ſi manſiſſet ejus. Sed ſi vivus eum manumiſerit; Celſus libro quintodecimo Digeſtorum ſcribit, fieri hunc heredem. Non enim hunc caſum teſtatorem voluiſſe excludere, palam eſt. Neque verba omnino repugnant. Nam quamvis ſervus ejus non eſt, at certe libertus eſt. Die Abſicht des Erblaſſers bey der Bedingung gieng offenbar dahin, nur einem Fremden ſeine Erbſchaft durch den Knecht nicht zuflieſſen zu laſſen. Dies geſchahe nicht, wenn der Freygelaſſene nun für ſich erbte. Quamvis etſi etc. iſt dahin zu verſtehen, daß, wenn die Bedingung nicht da ſtund, der verkaufte Knecht nach dem Todte des Teſtirers die Freyheit nicht erhielt, und für ſich nicht Erbe wurde. Jedoch blieb in dieſem Fall die Erbeinſetzung. Nur erhielt denn der Knecht die Erbſchaft für ſeinen jetzigen Herrn, und blieb nach wie vor ein Knecht.

§. 93. Ein gemeinſchaftlicher Knecht konnte von einem der Eigenthümer nicht einſeitig in Freyheit geſetzt werden. §. vlt. I. de donat. Geſchahe es, ſo fiel des Freylaſſers Antheil dem Miteigenthümer zu, und dieſer wurde alleiniger Herr. Alſo konnte auch einer der Herren den Knecht nicht cum libertate zum Erben ernennen, ſondern es fiel das Vermögen ganz, nebſt dem Knechte, in ſolchem Falle, da es dennoch geſchahe, dem Miteigen-

thümer zu. Juſtinian aber hat dieſe Grundſätze geändert und verordnet, daß, wenn einer der Herren dem Knecht die Freyheit giebt, der andere ſich ſolches gegen Abfindung wegen ſeines Antheils, gefallen laſſen müſſe. L. 1. pr. und §. 1. C. de comm. ſerv. manum. Alſo kann nun auch einer der Eigenthümer den Knecht zu eben der Würkung mit gegebener Freyheit zum Erben ernennen. Sollte er es ohne gegebene Freyheit gethan haben, ſo bleibt auch nach dem neueſten Rechte, der Knecht in der Knechtſchaft, und erwirbt dem Miteigenthümer das ganze Vermögen. Daraus iſt nun zu erklären, was L. 6. §. 3. de her. inſt. geſagt wird: Si ſervum communem cum libertate dominus heredem ſcripſerit, et eum redemerit, neceſſarius efficietur. Sed ſi ſubſtitutus ſit impuberi, et partem redemerit impubes: neceſſarius non efficietur (vt) Iulianus ſcribit. Weil ehemals die einſeitige Erbeinſetzung eines gemeinſchaftlichen Knechts zur Würkung der Befreyung nicht angieng; ſo wird hier bemerkt, daß der Teſtirer den Antheil des Miteigenthümers abgefunden habe. In ſolchem Falle hatte die Sache nicht das geringſte Bedenken, weil der Knecht nun dem Teſtirer allein gehörte. Daß aber im Fall der Pupillar-Subſtitution der Knecht, den der Pupill ganz an ſich gebracht, des Pupillen heres voluntarius werde, iſt aus dem zu erklären, was bey L. 4. C. de ſerv. neceſſ. hered. geſagt worden. Der Knecht hatte hier die Erbſchaft dem Teſtamente des Vaters zu verdanken, darin er zum Miterben des Pupillen ernannt war; die Freyheit aber erſt dem Pupillen, der ihn völlig an ſich gebracht hatte. Alſo war nicht ex eodem gradu libertas et hereditas. Aber nach dem erwähnten L. 4. C. würde ſich die Sache ändern, und der Knecht ein heres neceſſarius des Pupillen in dieſem Falle werden.

§. 94. Eben daraus iſt auch zu verſtehen, was L. 8. pr. und §. 1. de hered. inſt. geſagt wird. Duo ſocii quem-

quemdam ſervum communem, teſtamento facto, heredem et liberum eſſe juſſerant. Ruina ſimul oppreſſi perierant. Plerique reſponderunt, hoc caſu duobus Orcinum heredem exiſtere. Et id eſt verius §. 1. Sed et ſi ſub eadem conditione ſervum communem vterque ſocius liberum heredemque eſſe juſſiſſet, eaque extitiſſet: idem juris eſt. Wenn die beyden Herren nach einander geſtorben wären, ſo wäre der Knecht nur des letzt verſtorbenen Erbe geworden. Des erſt Sterbenden Erbe konnte er nach den ehemaligen und vorhin erwähnten Grundſätzen nicht werden, ſondern er erwarb als Knecht, deſſen Erbſchaft dem andern Miteigenthümer. Wenn nun beyde zugleich ſtarben; ſo konnte man nicht ſagen, wer der letzt verſtorbene ſey, und weſſen Erbe der Knecht eigentlich geworden. Alſo konnten die Inteſtaterben oder der Fiſcus gegen des Knechts Erbſchafts Erwerbung und Freyheit gar Zweifel erregen. Aber aus Gunſt der Freyheit nahm man an, daß er dennoch beydes behauptete. War der Knecht von beyden Herren unter einerley Bedingung zum Erben ernannt, und ſie kam zur Würklichkeit, ſo wurde ſie retrotrahirt, und es war wieder eben ſo, als wenn er von beyden unbedingt ernannt worden wäre. Waren die Bedingungen verſchieden, und die eine fiel nicht zum Vortheil aus; ſo gieng vermuthlich beyder Herren Erbſchaft nebſt der Freyheit dem Knecht verlohren. Eben dies nahmen die Alten auch wahrſcheinlich an, wenn beyde Bedingungen zwar gut ausfielen, jedoch verſchiedener Art waren, weil das Geſetz ausdrücklich eandem conditionem exiſtentem annimmt.

§. 95. Wer ſeinen Knecht zum Erben ernennen, und ihn dadurch zum Notherben machen will, muß das Recht haben, demſelben auf ſeinen Todesfall die Freyheit zu geben. Wem dieſe Befugnis durch die Geſetze verwehrt war, der konnte auch durch das Teſtament den

 Knecht

Knecht nicht zum Erben für ſich ſelbſt, und alſo zu ſeinem Notherben machen. L. 48. §. 2. de hered. inſtit. Interdum nec cum libertate vtiliter ſervus a domino heres inſtituitur, vt conſtitutione Divorum Severi et Antonini ſignificatur: Servum adulterii accuſatum non jure teſtamento manumiſſum ante ſententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerit ejusdem criminis poſtulata, rationis eſt. Quare ſequitur, vt in eumdem a domina collata inſtitutio nihil monumenti habeat. Der Knecht, welcher mit ſeiner Eigenthümerin Ehebruch getrieben haben ſollte, oder ſonſt nur von deren Ehebruch Wiſſenſchaft haben konnte, kam bey der Unterſuchung auf die Tortur. Durfte alſo vor Ausgang der Sache nicht in Freyheit geſetzt werden, damit er nicht dadurch der Unterſuchung und Marter entzogen würde. L. 12. Qui et a quib. manum. In den Inſtitutionen pr. de hered. inſtit. ſteht ſtatt: adulterii accuſatum beſſer: adulterio maculatum, weil die Accuſation nicht gegen beyde Ehebrecher zugleich gerichtet werden konnte, nach unſerer Stelle aber ein anderes herauskommen würde. Wenn der Vater oder Mann jure patris vel mariti anklagte, ſo konnte der Knecht gegen ſeine Eigenthümerin auf die Tortur kommen. Deshalb durfte ſie ihn vor der Eheſcheidung, und noch 60 Tage nach der Eheſcheidung, als ſo lange Zeit dem Vater und Mann zur accuſatione jure mariti vel patris geſetzt war, nicht in Freyheit ſetzen. War die Accuſation einmal angebracht, ſo war die Ehebrecherin bis zu Austrag der Sache, der Freylaſſung wegen, eingeſchränkt. Man ſehe Hoffmann ad L. Iul. de adult., der dieſe Verordnung zum 14ten Kapitel des Geſetzes macht, und c. 7. §. 5. erklärt.

§. 96. Dem Knecht, den ſein Herr zu Erben ernannte, muſte er, wie ſchon oben geſagt, nach der Meynung der mehreſten alten Juriſten, die Freyheit zugleich aus-

ausdrücklich vermachen. Sonſt war die Erbeinſetzung ungültig. Eine ſtillſchweigende oder mittelbare Freylaſſung nahm aber doch Antonin im Fall des L. 2. C. de neceſſ. ſerv. hered. an. Cum ſervi conſtituti, ſub appellatione libertorum heredes ſcripti eſſetis: ea ſcriptura benigna interpretatione perinde habenda eſt, ac ſi liberi et heredes inſtituti fuiſſetis. Quod in legato locum non habet. Erbeinſetzung ward immer billiger erklärt, als Vermächtniſſe. Es iſt dies eine der Verordnungen des K. Pertinax, davon oben Schott de vita et conſtitut. D. Pertinac. Bakker ad reſcripta Imp. Helv. Pertinac. quor. in Dig. fit ment. Dankaerts ad Reſcr. Pertinac. quor. in Cod. fit ment. bereits angeführt ſind.

§. 97. Ehemals muſte die Freyheit nicht nur zugleich vermacht werden, ſondern ſolches muſte auch im Teſtamente geſchehen. Geſchahe es im Codicill, ſo war die Erbeinſetzung dennoch ungültig, weil ſie nicht durch das Codicill erſt ihre Beſtättigung erhalten konnte. Es gieng nicht an, daß die unmittelbare Erbeinſetzung durch das Codicill erſt beſtärkt wurde, da das Teſtament die Codicille beſtättigen muſte, nicht aber das Codicill erſt ein Teſtament bekräftigen durfte. Von dieſem letztern Satze enthält ein Beyſpiel L. 38. §. 1. de hered. inſtit. Servus teſtamento heres pure ſcriptus, liber autem juſſus eſſe: ſi intra Kalendas Decembris decem dediſſet: ſi codicillis pure libertatem acceperit, intra Kalendas quidem neque liber, neque heres erit, niſi decem dederit: ſi intra Kalendas non dederit, liber ex codicillis erit. Die Erbeinſetzung war pure geſchehen, die Freyheit aber im Teſtament bedingt gegeben. Im Codicill war die Bedingung erlaſſen. Dieſe Erlaſſung konnte zur Erbeinſetzung nichts thun, weil ſonſt das Codicill die Erbeinſetzung beſtärkt hätte. Alſo blieb es in Anſehung derſelben bey dem Teſtamente, und es muſte der

Ausgang der Bedingung abgewartet werden. Kam die Bedingung zu Stande, ſo war nichts einzuwenden. Fiel ſie aus, ſo war die Erbeinſetzung ungültig. Jedoch die Freyheit blieb dem Knechte, weil ſolche in einem Codicill ertheilt werden konnte.

§. 98. In beyden Stücken hat Juſtinian eine Aenderung gemacht. Die Erbeinſetzung enthält die Freylaſſung ſtillſchweigend in ſich. Es iſt alſo nicht einmal nöthig, daß das Codicill die Freylaſſung hinzuthue, welche das Teſtament nicht ausgedrückt hat. Iſt es dennoch geſchehen, ſo iſt es ein Ueberfluß und kann nicht ſchaden. L. 5. pr. C. de neceſſ. ſerv. hered. Quidam cum teſtamentum conderet, duobus heredibus ſcriptis, vnum quidem ex parte inſtituit, ſervum autem ſuum, cujus et nomen addidit, ex reliqua parte ſine libertate ſcripſit heredem, et poſtea eumdem ſervum alii legavit, vel poſt inſtitutionem heredis ſervum per legatum alii adſignavit et tunc heredem eum ſine libertate inſtituit. Dubitabatur, ſi hujusmodi legatum vel inſtitutio aliquas vires poſſet habere, et cui acquiratur legatum vel inſtitutio. Dubitationis autem materia erat, quod adhuc ſervum conſtitutum heredem ſine libertate ſcripſerat. Et tanta inter veteres exorta eſt contentio, vt vix poſſibile ſit videri eamdem decidere. Sed antiquitatem quidem haec altercantem relinquendo, nobis alius modus hujus deciſionis inventus eſt: quia ſemper veſtigia voluntatis ſequimur teſtatorum. Cum igitur invenimus, noſtro jure hoc eſſe inductum, vt ſi quis ſervum ſuum tutorem filiis ſuis reliquerit, ſine libertate, ex ipſa tutelae datione praeſumatur etiam libertatem ei favore pupillorum impoſuiſſe, quare non hoc etiam in hereditate et humanius et favore libertatis inducimus, vt ſi quis ſervum ſuum ſcripſerit heredem ſine libertate, omnino civis Romanus efficiatur, quo inducto neque acquiſi-

quiſitio, neque tam effuſus veterum atque inextricabilis tractatus locum habeat. Neque enim ferendum eſt, ſupponere quosdam eſſe ita ſupinos, et eumdem ſervum heredem inſtituant ſine libertate, ut iterum alii per legatum eumdem ſervum adſignent. §. 1. eod. Sed cum veteres et aliam propoſuerint ambiguitatem, dicentem, ſi quis ſervum ſuum in teſtamento quidem heredem ex parte ſine libertate ſcripſerit, in codicillis autem libertatem ei reliquerit; ſi poſſit inſtitutio valere, et ille tam heres, quam liber fieri, ne videatur per codicillos hereditas confirmari, in quibus hereditas dari ſecundum veteres regulas non poteſt. Nos itaque in tali diſpoſitione, licet in codicillis fuerit ſcripta, et libertatem et hereditatem ſimul ſervis per noſtram liberalitatem et benignam interpretationem indulgemus, vt gratulentur, cum non ſervi remaneant, ſed et liberi et heredes efficiantur: cum tanta in eos noſtri numinis benevolentia effuſa eſt, vt et ſi libertas eis neque teſtamento, neque codicillis data ſit: tamen hereditate ſervis relicta, quaſi injunctam eſſe libertatem videri poſſit. pr. I. de hered. inſtit. Heredes inſtituere permiſſum eſt tam liberos homines, quam ſervos, et tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem ſecundum plurium ſententias non aliter, quam cum libertate recte inſtituere licebit. Hodie vero etiam ſine libertate ex noſtra conſtitutione eos heredes inſtituere permiſſum eſt. Quod non per innovationem induximus, ſed quoniam aequius erat, et Atilicino placuiſſe, Paulus ſuis libris, quos tam ad Maſurium Sabinum, quam ad Plautium ſcripſit, refert. Proprius autem ſervus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem teſtator habet, alio vſumfructum habente. Eſt tamen caſus, in quo nec cum libertate vtiliter ſervus a domina heres inſtituitur, vt conſtitutione Divorum Severi et Antonini cavetur, cujus haec verba ſunt: ſervum adulterio maculatum non

jure

jure teſtamento manumiſſum ante ſententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerat ejusdem criminis poſtulata rationis eſt. Quare ſequitur, vt in eumdem a domina collata heredis inſtitutio nullius momenti habeatur. Alienus ſervus etiam is intelligitur, in quo vſumfructum teſtator habet. Der Grund, warum Juſtinian die ausdrückliche Freylaſſung bey der Erbeinſetzung des Knechts nicht nöthig findet, iſt ganz unvernünftig, indem das Alterthum die Beſtellung des Knechts zum Vormunde, ohne beygefügte Freyheits-Ertheilung, für gültig und für eine ſtillſchweigende Manumiſſion hielt. Es war alſo eine Subtilität, daß man nicht ein Gleiches bey der Erbeinſetzung annehmen wollte. Die Manumiſſion wurde in jenem Falle als eine Fideicommiſſariſche Freyheits-Ertheilung angeſehen. Juſtinian behandelt die ſtillſchweigende Manumiſſion bey der Erbeinſetzung, als eine directam. §. 1. I. qui teſtam. tut. dar. poſſ. Ein Gleiches muß alſo nun auch bey der tacita manumiſſione per tutelam angenommen werden. Der andere pr. C. vorkommende Fall iſt von Juſtinian in der Entſcheidung ganz weggeworfen, weil er ſich kaum zutragen könne. Wenn ein Erblaſſer den Knecht zum Erben ernannt und zugleich ihn Jemandem vermacht hatte; ſo war die Frage, ob ſolches beſtehen könne. War die Erbeinſetzung mit der Freylaſſung verknüpft, ſo verſchlung die Freyheit das Legat, und dieſes wurde angeſehen, als wenn es nicht da ſtand. Wofern aber die Freylaſſung fehlte; ſo war alles ungültig. Der Knecht war Erbe und auch Legat. Es ſchien widerſprechend, daß ein Erbe ſich ſelbſt zum Legat abliefere. Der Knecht mochte ein ſervus proprius oder alienus ſeyn, ſo galt die Verordnung nicht. Da Juſtinian unter der Erbeinſetzung die Manumiſſion allemal ſtillſchweigend begreift, ſo wird das Legat eines Knechts, der auch zum Erben ernannt iſt, und der dem Erblaſſer gehörte, allemal ungültig ſeyn, weil die Frey-

heit

heit das Legat nunmehro überwiegt. Iſt es ein fremder Knecht; ſo iſt an den alten Grundſätzen nichts geändert. Die Anmerkung pr. I. von einem Knechte, deſſen Nießbrauch einem andern gehört, iſt dem beyzufügen, was oben von einem verpfändeten Knechte geſagt iſt. Der bloſſe vſusfructus macht den Knecht nicht zum ſervo proprio, wenn ihn der Erblaſſer hat, noch alieno, wenn ihn ein anderer hat. Die Sache vom Ehebruche der Eigenthümerin iſt oben bey L. 48. §. 2. ff. de hered. inſt. vorgekommen.

§. 99. Was bey pr. C. wegen des Falls geſagt worden, da der Knecht zu Erben ernannt und zugleich Jemandem vermacht iſt, findet ſich, jedoch auf eine andere, als eben angeführte, und alſo gültige Art in L. 35. pr. ff. de hered. inſtit. Qui filio impuberi exheredato Pamphilum legat, eumdem poſt mortem filii ex parte heredem inſtituere eodem modo poteſt, quo is, qui ſervum Sempronio legatum eumdem poſt mortem Sempronii ex parte heredem inſtituit. Wann der Erblaſſer den Knecht ſeinem Kinde, welches er enterbt hatte, vermachte, und den Knecht dennoch demſelben cum libertate neben einem andern pupillariſch ſubſtituirte; ſo wurde dieſer Knecht, ſo lange der Pupill lebte, deſſen Eigenthum, bey dem Abſterben des Mündels in der Impubertät aber wurde er einer von deſſen Erben. Die Enterbung wird erwähnt, weil ſonſt der Knecht kein Vermächtnis des Kindes ſeyn konnte. Die Enterbung konnte nach dem alten Rechte mit der Pupillar-Subſtitution beſtehen. Hier war die Freyheit vermacht, welche nach des Mündels Tode das Legat aufhob. Auch einem Fremden, den man nebſt andern zu Miterben ernannt, kann der Knecht, als ein Prälegat vermacht, und dabey verordnet werden, daß nach dem Tode dieſes Miterben, deſſen Erbſchaft und Antheil an den Knecht, als Fideicommiſ-

ſariſchen

ſariſchen Erben fallen, und ſolcher die Freyheit haben ſoll. Dies wäre der Fall der letzten Worte unſerer Stelle. Man kann ſie aber auch von einem Falle verſtehen, da Sempronius nicht Miterbe iſt, ſondern blos Titius zu Erben ernannt, ihm aber der Knecht, der Sempronio vermacht iſt, nach des Sempronii Tode, als Miterbe cum libertate an die Seite geſtellt iſt. Hier iſt Titius pure, und der Knecht ſub die incerto Miterbe. Sempronio iſt der Knecht nur temporarie ſub die incerto inſtar conditionis reſolutivae vermacht. In ſolchen Fällen kann alſo Erbeinſetzung und Legat neben einander beſtehen, weil ſie nicht auf einerley Zeit fallen.

§. 100. Eine Entſcheidung, wo der Knecht auf einen Fall ein Erbe und frey, auf einen andern ein Vermächtnis für einen andern wurde, findet ſich L. 5. §. 3. C. de neceſſ. ſerv. hered. Quae juris noſtri definitio etiam ad aliam ſpeciem dubitatam benigne extendatur. Si quis etenim teſtamento principali ſervum ſuum cuidam legaverit, in pupillari autem ſubſtitutione eumdem ſervum filio ſuo ſine libertate ſubſtituerit, quaerebatur, ſive vtilis eſſet talis ſubſtitutio, et per ſervum legatum ſubſtitutio et poſt mortem pupilli legatario acquiratur: ſive inutilis eſſet hujusmodi ſubſtitutio, quia ſine libertate in ſervum proprium facta eſt. Melius itaque nobis videtur, legatario eum non ſtatim acquiri ſancire, ſed exſpectandum eſſe ſubſtitutionis eventum. Et ſiquidem, pupillo mortuo, locus fuerit ſubſtitutioni, et liber et heres efficiatur. Sin autem ſubſtitutio minime locum habuerit, forſitan pupillo jam in pubertatem perveniente: tunc ad legatarii dominium tranſeat. Quemadmodum etenim veteres, ſi cum libertate ſubſtitutio fuiſſet, hoc inducebant, quatenus in ſuſpenſo fiat libertas, et ſtatu liber intelligatur: ita et ex noſtra interpretatione et ſine adjectione libertatis in ſubſtitutione,

ne, et liber et heres pupillo exiſtat. Die Entſcheidung des Juſtinian war ſchon ehemals angenommen, wofern die Subſtitution mit ausdrücklicher Ertheilung der Freyheit geſchehen war; auſſerdem nicht. Weil nun Juſtinian die ausdrückliche Freylaſſung neben der Erbeinſetzung nicht mehr erfordert, ſo war die Entſcheidung des Alterthums nun auch denn zu gebrauchen, wenn der Freyheit nicht ausdrücklich erwähnt war. Die Entſcheidung war vernünftig. Der Knecht wurde, wenn, in des Vaters Teſtament, derſelbe Jemandem vermacht, in des Kindes Teſtament aber ſolcher pupillariter ſubſtituirt war, vor der Hand dem Legatario zum Theil. Ob er ihm verbleiben oder künftig frey werden ſollte, hieng von dem ſich ereignenden oder nicht ereignenden Tode des Kindes in der Impubertät ab. Die Alten waren, wenn der Freyheit nicht erwähnt worden, uneins. Einige gaben dem Legatario die Erbſchaft des Kindes, wenn es in der Impubertät verſtarb, durch den Knecht. Er war ein ſervus alienus durch das Legat geworden, und einem ſolchen konnte des Kindes Vermögen zu der Würkung vermacht werden, daß der Herr die Erbſchaft erhielt. Andre meynten, der Knecht ſey doch, im Teſtament und bey dem Abſterben des Erblaſſers, noch ein Knecht deſſelben. Daher die Subſtitution ohne ausdrückliche Erwähnung der Freyheit, als bey einem ſervo proprio, für ungültig zu halten, und blos das Legat beſtehe.

§. 101. Obgleich Vermächtniſſe, ſo man ſeinem Knechte verläſſet, ihm nicht an ſich die Freyheit gaben, ſo war doch ein anderes, wenn der Knecht bedingt zum Erben ernannt, und ihm die Freyheit dabey gegeben, auf den Fall aber, daß er nicht Erbe würde, ihm ein Legat vermacht war. Wenn ſchon der Freyheit wegen auf dieſen letztern Fall nichts verordnet war; ſo bekam

der Knecht bey dem Legat doch die Freyheit. L. 26. de manum. teſt. Eben dieſes hat geſagt werden wollen L. 18. pr. de cond. inſt. Cum ſervus pure liber, et heres ſcriptus ſub conditione ſit: et, ſi heres non exſtiterit, legatum acceperit: in legato repetitam videri conditionem, Divus Pius reſcripſit. Es findet ſich aber in dieſer Stelle ein doppelter Fehler. Das pure muß ganz weggelaſſen werden, und für conditionem muß man libertatem ſetzen, wie aus Zuſammenhaltung dieſer Stelle mit L. 26. de manum. teſtam. und L. 77. de cond. et demonſtr. klar iſt, und nöthwendig angenommen werden muß, wenn ein vernünftiger Gedanke herauskommen ſoll. Cujac. Obſ. L. 8. c. 36. Forner. Rer. quotid. L. 4. Otto Theſ. Tom. 2. p. 253. will conditionem beybehalten, und in L. 77. de cond. et dem. ſtatt: libertatem, beſſer: conditionem ſetzen, weil von Wiederholung der Bedingung eigentlich die Frage ſey, obgleich auch die Freyheit als wiederholt anzuſehen. Jedoch könne, meynt er, L. 18. conditionem, und L. 77. libertatem gelaſſen werden, weil beydes der Verordnung des D. Pius gemäß. Merill. Obſ. L. 4. c. 22. will auch beydes gelaſſen haben, verſteht aber unter conditionem blos conditionem libertatis, d. i. libertatem, daß alſo zwiſchen beyden Stellen kein Unterſchied ſey. Das Reſcript, worauf man ſich bezieht, ſteht L. 26. de manum. teſtam. Rücker Interpr. L. 2. c. 6. giebt eine ſehr ſinnreiche Erklärung. Er verſteht die Stellen von dem Fall, wo ein fremder Knecht zu Erben ernannt iſt, aber unter der Bedingung, wenn ihn der Herr freylaſſen würde, und auf den Fall, daß er nicht Erbe seyn ſollte, ihm ein Legat vermacht iſt. Wenn der Herr ihn nicht freyläßt, ſo wird er nicht Erbe. Aber auch das Legat erhält er denn nicht. Dies war auf den Fall gegeben, wenn der Knecht frey würde, und etwa nicht Erbe ſeyn wollte u. ſ. w. Dieſe Erklärung iſt wegen des ähnlichen Falls,

deſſen die Stelle erwähnt, anzunehmen, da ein Kind unter Bedingung der Emancipation zu Erben ernannt wird. L. 77. iſt Papinians Stelle, woraus Marcian ſeinen L. 18. genommen. Dort heiſt alſo repetita libertas ſo viel, als repetita conditio libertatis, welches Marcian hier deutlicher geſagt. Weil aber nicht ausgemacht, daß Marcian ſeine Stelle von Papinian entlehnt, und L. 26. de manum. teſtam. er die eigentliche Verordnung der Kaiſer deutlicher anführt, auch was Rücker in L. 77. aus dem Zuſammenhange herleitet, ſo ſchlieſſend nicht iſt; ſo wird die von uns mit Cujacio angenommene Verbeſſerung immer die beſte bleiben.

§. 102. Die Regel von der ſtillſchweigenden Freylaſſung, ſo aus der Erbeinſetzung des eigenen Knechts von ſelbſt flieſſen ſoll, iſt von Juſtinian auf die unmittelbare Erbeinſetzung eingeſchränkt. Bey der Fideicommiſſariſchen Einſetzung und den Vermächtniſſen ſind die alten Grundſätze geblieben, daß die Freyheit daneben ausdrücklich ertheilt ſeyn muß, wenn die Verordnung einen Effect haben ſoll. L. 5. §. 2. C. de neceſſ. ſerv. hered. Illo videlicet obſervando, vt ſi legatum vel fideicommiſſum eis ſine libertate relinquatur, maneant in ſervitute: non tamen ita impii heredes exiſtant, vt liberalitatem teſtatoris, et ſerviles labores debita remuneratione defraudare conentur, et non derelictum, licet adhuc ſervis conſtitutis, donent. Der Zuſatz: non tamen ita etc. iſt eine bloſſe moraliſche Predigt, welche nach Belieben befolgt werden konnte, oder nicht.

§. 103. Nach den alten Grundſätzen wurde alſo neben der Erbeinſetzung die Freyheit allemal noch beſonders vermacht. Wegen dieſer Art zu verordnen kamen ein Paar Fälle vor, die einen Anſtand machten, ob ſie gültig wären oder nicht. Sie ſtehen L. 21. pr. de hered.

 inſtit.

inſtit. Trebatius ait, ſic non recte ſcribi: Quisquis mihi heres erit, Stichus liber et heres eſto: liberum tamen futurum. Labeo et heredem eum futurum, recte putat. L. 51. pr. eod. Talem inſtitutionem non valere putabant: Stichus liber eſto, et, ſi liber erit, heres eſto. Sed divus Marcus reſcripſit, hanc inſtitutionem valere, perinde atque ſi non erat adjectum: ſi liber erit. L. 9. §. 14. eod. Si quis ita ſcripſerit: Stichus liber eſto, et poſteaquam liber erit, heres eſto: Labeo, Neratius et Ariſto opinantur, detracto verbo medio: poſtea, ſimul ei et libertatem et hereditatem competere. Quae ſententia mihi quoque vera videtur. Bey der erſten Stelle iſt kaum abzuſehen, was die Sache für Zweifelsgründe gehabt, warum der Knecht nicht zugleich Erbe ſeyn könne. Die beyden letzten Stellen haben den Zweifelsgrund, daß man nur einen fremden, aber nicht ſeinen eigenen Knecht unter der Bedingung: ſi liber erit, zum Erben ernennen konnte. L. 21. de Cond. inſtit. Weil aber die Formel dem Knecht unbedingt und thetiſch die Freyheit gab, ſo war das: ſi liber erit: eine bloſſe Figur der Rede, oder Pleonasmus, worauf nichts ankam. Das poſteaquam machte noch weniger Schwierigkeit, weil es kein eigentlicher Bedingungs-Ausdruck iſt.

§. 104. Erbſchaft und Freyheit wurden entweder unbedingt, oder dergeſtalt verlaſſen, daß man bey jener, oder dieſer, oder beyden, Bedingungen oder Zeitbeſtimmungen machte, alſo die Erbſchaft unbedingt, die Freyheit bedingt, oder mit Zeitbeſtimmungen verließ, oder umgekehrt, oder bey beyden Bedingungen oder Zeitbeſtimmungen anfügte. L. 9. §. 17. de hered inſt. Si ſervus ex die libertatem acceperit, et hereditatem pure, mox ſit alienatus vel manumiſſus: videamus, an inſtitutio valeat. Et quidem ſi alienatus non eſſet, poteſt defen-

defendi, inſtitutionem valere: vt die veniente libertatis, quae hereditatem moratur, competente libertate et heres neceſſarius exiſtat. §. 18. eod. Sed ſi in diem libertas, hereditas autem ſub conditione data ſit: ſi conditio poſt diem advenientem exſtiterit: liber et heres erit. L. 21. §. 1. eod. Servo libertatem pure, hereditatem ſub conditione dari poſſe veriſſimum puto. Vt tamen vtrumque ex conditione pendeat. L. 22. eod. Et expleta quidem conditione liber heresque erit, quocunque loco libertas data fuerit. Deficiente autem conditione, perinde habetur, ac ſi libertas ſine hereditate data fuerit. Iſt der Freyheit eine Zeitbeſtimmung beygefügt; ſo kann der Knecht, wenn er gleich pure zu Erben ernannt iſt, nicht gleich Erbe werden, weil er es ohne Freyheit, alſo ungültig, thun würde. Es muß alſo die Zeit der gegebenen Freyheit abgewartet werden. Einer Erbeinſetzung iſt die ungewiſſe Zeitbeſtimmung nicht zuwider. Alſo geht es an, daß die Freyheit mit ſolcher verknüpft ſey, wenn die Erbſchaft unbedingt gegeben iſt. Wird der Knecht in Freyheit geſetzt, ſo kann er ohne fernern Anſtand ſo fort die Erbſchaft annehmen, weil keine Zeit mehr abzuwarten iſt. Wird er von dem Erblaſſer veräuſſert, ſo hört die Ertheilung der Freyheit auf, und der Knecht erbt für den Käufer. Iſt er nach dem Tode des Erblaſſers verkauft, ſo konnte ſolches nur ſalvo jure teſtamenti geſchehen. Kommt die Zeitbeſtimmung nicht zur Würklichkeit, ſo iſt es anzuſehen, als ob er auch nicht zu Erben ernannt wäre. Findet ſich Zeitbeſtimmung bey der Freyheit, und Bedingung bey der Einſetzung, und beyde, ſowohl Zeitbeſtimmung, als Bedingung, kommen zur Würklichkeit, ſo wird der Knecht Erbe und frey. Trägt ſolches ſich eher bey der Zeitbeſtimmug zu, ſo iſt der Knecht ſofort beydes, wenn auch die Bedingung hinterher würklich wird. Findet es ſich bey der Zeitbeſtimmung ſpäter, ſo muß nach eingetroffe-

 ner

ner Bedingung, noch das Zutreffen der Zeit abgewartet werden. Quocunque loco libertas data fuerit in L. 22. heiſt: es mag vor oder nach der Erbeinſetzung die Freyheit gegeben ſeyn. Wenn die Bedingung der Freyheit nicht eintrift, ſo hat der Knecht entweder einen Miterben, oder nicht. In jenem Fall fällt dieſem die Erbſchaft ganz, nebſt dem Eigenthume des Knechts, zu. In dieſem fällt das Teſtament über den Haufen. Iſt die Freyheit pure gegeben, die Erbſchaft aber bedingt, und aus der Bedingung wird nichts, ſo kommt es auch darauf an, ob ein Miterbe da iſt, oder nicht. In erſterm Falle muß dieſer Miterbe dem Knecht dennoch die Freyheit laſſen cit. L. 22. de hered. inſtit. Im andern Falle fällt das Teſtament, und mit ihm die Freyheit hinweg. L. 14. de manum teſtam. So lange die Bedingung noch in ſuſpenſo iſt, bleibt auch der Punkt der Freyheit ausgeſetzt. L. 2. §. Si primis ff. de Statu lib.

§. 105. Daß die Bedingung, ſo der Freyheit beygefügt worden, auch die pure geſchehene Erbeinſetzung bedingt mache, lehrt beſonders L. 3. §. 1. de hered. inſt. Si ſervum meum pure heredem ſcripſero, ſub conditione liberum: differtur inſtitutio in id tempus, quo libertas data eſt.

§. 106. Nach dem, was bey L. 9. §. 17. von dem Fall der Freylaſſung oder Veräuſſerung des Knechts geſagt worden, iſt das zu verſtehen, was L. 9. §. 19. de her. inſt. ſagt: Sed et ſi pure fuerit heres inſtitutus, libertate in diem data: ſi ſit alienatus vel manumiſſus; dici debet heredem eum poſſe exiſtere. Erbe wird der Knecht in beyden Fällen gewiß. Die Freyheit aber bekommt er im Fall der vom Erblaſſer geſchehenen Veräuſſerung nicht.

§. 107. Dies beſagt L. 38. §. 2. de hered. inſtit. Si quis ſervum ſuum liberum ſub conditione, heredem pure, ſcripſiſſet, eumque vendidiſſet pendente conditione: juſſu emtoris ſervus adire hereditatem poteſt, quia et conſtitit inſtitutio, et eſt, qui jus imperandi habet.

§. 108. Man muß aber bey dieſer Veräuſſerung ſowohl, als bey der Manumiſſion, im Fall aus der Bedingung nichts geworden, den Unterſchied merken, ob der Ausfall der Bedingung vor dieſen Veränderungen, oder nachher erfolgt iſt. In letzterm Falle bleibt die Erbeinſetzung bey Kräften, weil ſie zur Zeit der Manumiſſion oder Veräuſſerung noch galt. Im letztern Falle iſt ſie ungültig, der Freygelaſſene behält zwar ſeine Freyheit, wird aber nicht Erbe, und der Verkaufte bleibt dem Käufer, ohne daß er für dieſen die Erbſchaft annehmen könne, weil die Ungültigkeit der Erbeinſetzung ſchon vor der Veränderung da war. L. 38. §. 3. de hered. inſtit. Quod ſi poſt defectam conditionem alienatus fuiſſet: non poteſt juſſu emtoris hereditatem adire, quia eo tempore ad eum perveniſſet, quo jam exſtincta inſtitutio inutilis fuerat.

§. 109. So wie ſolches auch bey Vermächtniſſen Rechtens iſt, welche der Knecht, wenn er, nach ausgefallener Bedingung der Freyheit, freygelaſſen oder verkauft iſt, nicht reſp. für ſich, noch für ſeinen Käufer erwirbt, wohl aber, wenn, vor dieſem Ausfall, Freylaſſung oder Verkauf geſchehen. L. 38. §. 4. de hered. inſtit. Igitur cum ſervus ſub conditione liber eſſe jubetur, et legatum pure accepit: ſi, pendente conditione, manumiſſus vel alienatus fuerat: legatum habebit, aut domino acquiret, quamvis mortis tempore conditio libertatis exſtincta fuerit. Si vero poſt defectam conditionem manumiſſus, aut alienatus fuerit: legatum ad irritum recidit.

§. 110. Daß die Erbeinſetzung bleibe, wenn dem Knecht neben ſolcher die Freyheit bedingt gegeben worden, und pendente conditione die Freylaſſung vom Erblaſſer geſchieht, lehrt L. 7. pr. de hered. inſtit. Si ſervus communis ſub conditione heres inſtitutus vivo teſtatore libertatem conſecutus ſit: etiam pendente conditione teſtamentariae libertatis, adire hereditatem poteſt. Daß hier auf die Beſtimmung von einem ſervo communi nichts ankomme, zeigt der Zuſammenhang. Es leiden auch die in der Folge der Stelle vorgetragenen Sachen nicht, daß man hier an einen gemeinſchaftlichen Knecht denke. Die Bedingung iſt auch, wie der Fortgang der Stelle zeigt, nicht der Erbeinſetzung, ſondern der Freyheit beygefügt geweſen. Es muß alſo heißen: Si ſervus liber ſub conditione, heres pure inſtitutus. Der Freygelaſſene verwandelt ſich übrigens in dieſem Falle aus einem Notherben in einen Freywilligen. Ohne die erwähnte Verbeſſerung hat die Stelle keinen rechtlichen Sinn.

§. 111. Wofern die Erbeinſetzung unbedingt, die Ertheilung der Freyheit hingegen bedingt geſchehen: und die Bedingung fällt aus: ſo wurde nach den ältern Grundſätzen aus der Erbeinſetzung ohne Unterſchied nichts. Juſtinian aber hat auch hierin eine Aenderung gemacht. Er unterſcheidet, ob die Bedingung eine conditio poteſtativa war, oder eine andere. In jenem Falle ſolle der Knecht die Freyheit und Erbſchaft nicht bekommen, weil er ſelbſt daran Schuld iſt, daß er die Bedingung nicht erfüllt hat. In dieſem Falle aber iſt wieder ein Unterſchied, ob die Erbſchaft über ihre Kräfte verſchuldet iſt, oder nicht. Iſt das erſtere, ſo ſoll der Knecht dennoch Notherbe werden. Iſt das letztere: ſo fällt die Erbſchaft an den ſubſtituirten Erben, wenn dergleichen vorhanden, oder an den Erben ab inteſtato.

Je-

Jedoch ſoll auch in dieſem Falle gegen die Grundſätze des alten Rechts die Freyheit bey Kräften bleiben. Ehemals konnte, wenn das Teſtament ungültig wurde, wie hier geſchahe, die darin gegebene Freyheit nicht beſtehen. Dieſe Regel iſt alſo hier aufgehoben. L. 6. C. de neceſſar. ſerv. hered. Deciſione noſtra, quam fecimus ſancientes, eum, qui a domino ſuo ſine libertate heres inſtituitur, videri libertatem accepiſſe, in propria firmitate durante, ſi quis ſervum ſuum pure quidem heredem inſtituerit, libertatem autem ſub conditione ei donaverit: ſi quidem conditio talis ſit, quae in poteſtate ſervi poſita eſt, ille autem eam neglexerit, minimeque compleverit: et libertate eum et hereditate ſua culpa defraudari. Sin autem caſualis conditio eſt, et ex fortunae inſidiis defecerit: tunc humanitatis intuitu libertatem quidem ei omnimodo competere, hereditatem autem, ſi quidem ſolvendo ſit, ad alios venire, quos leges vocant, ſi non aliquis fuiſſet ſubſtitutus. Sin autem ſolvendo non ſit: neceſſarius heres inſtitutus, ſimul et libertatem et hereditatem obtineat. Tunc enim ſecundum definitionem tam veteris, quam noſtrae deciſionis et liber et heres neceſſarius exiſtat.

§. 112. Es kann auch der Fall vorkommen, daß die der Freyheit, neben der Erbeinſetzung beygefügte Bedingung, ob ſie gleich zur Zeit des Erblaſſers noch in ſuſpenſo geweſen, gar nicht geachtet wird, ſie gedeihe zur Würklichkeit oder nicht. Das iſt nemlich der Fall, wenn der pure ernannte Erbe, dem bedingt die Freyheit gegeben worden, durch Anzeige der an dem Erblaſſer bey ſeinem Tode verübten Gewaltthätigkeit, pendente conditione die Freyheit zur Belohnung erhalten. In ſolchem Falle tritt er ſofort die Erbſchaft an, welche ihm unbedingt verlaſſen iſt, und wobey ihm die Freyheit nun weiter keine Hinderniſſe macht, die vorher noch nicht ganz

ausgemachte Sache war. Nur verwandelt ſich auch hier der Notherbe in einen Freywilligen. L. 90. de hered. inſtit. Teſtamento domini ſervus ſub conditione cum libertate heres inſtitutus, pendente adhuc conditione, necem domini detexit: eumque praetor mereri libertatem decrevit. Etſi poſtea conditione teſtamenti exſtiterit: aliunde liber eſt, id eſt, ex praemio, non ex teſtamento: Igitur non eſt neceſſarius domino heres. Licet autem ei volenti adire.

§. 113. Wenn dem Knecht die Erbſchaft und Freyheit zugleich ertheilt war, und ihm hernach die Freyheit allein wieder genommen war: ſo war dieſe letztere Abänderung ungültig. Der Knecht behielt dennoch Erbſchaft und Freyheit beyſammen, als wenn nichts geändert wäre. Ohne Freyheit konnte der Knecht nicht Erbe ſeyn. Weil nun die Erbeinſetzung, als die Hauptſache geblieben war; ſo wurde auch die Nebenſache als ungeändert angeſehen. L. 6. §. 4. de hered. inſtit. Sed ſi ſit cum libertate inſtitutus, an ei libertatis datio codicillis adimi poſſit, apud Iulianum quaeritur. Et putat, in eum caſum, quo neceſſarius fieret, ademtionem non valere: ne a ſemet ei adimatur libertas. Servus enim heres inſtitutus a ſemet ipſo libertatem accipit. Quae ſententia habet rationem. Nam ſicuti legari non poteſt, ita nec a ſe adimi. Es war eine Spitzfindigkeit und ſchlechter Grund, daß der Knecht von ſich die Freyheit erhalten, aber er ſolche ſich ſelbſt nicht nehmen konnte. Unſer angegebener iſt beſſer. War die Erbſchaft dem Knecht ohne die Freyheit in der Folge wieder genommen; ſo galt die Aenderung, weil die Freyheit nicht die Hauptſache war. In ſolchem Falle behielt der Knecht die Freyheit, ob er gleich nicht Erbe wurde. In eum caſum, quo neceſſarius fieret, heiſt: in dem Fall, da man ſeinen eigenen Knecht zum Erben ernannt hat. War

es

es ein fremder Knecht, ſo war ihm ohnedem mit Unrecht die Freyheit gegeben. Sie konnte alſo auch wieder ausgeſtrichen werden, und es hieß hier nicht: a ſemet ipſo adimitur libertas. Denn ſein Herr wurde hier Erbe für ihn.

§. 114. Aus dieſen Grundſätzen iſt daher zu verbeſſern L. 13. §. 1. de lib. et poſtum. Regula eſt juris civilis, qua conſtitutum eſt, hereditatem adimi non poſſe. Propter quam liber et heres eſſe juſſus, quamvis dominus ademerit eodem teſtamento libertatem, nihilominus et libertatem et hereditatem habebit. Es muß im Anfange offenbar: libertatem adimi non poſſe heiſſen, weil in der Folge geſagt wird: quamvis dominus ademerit libertatem, oder man müſte in Gedanken suppliren: per conſequentiam, ademta hereditate. Es iſt auf alle Fälle eine ſehr abgebrochene Rede. Wenn man auch libertatem adimi non poſſe lieſt, muß man doch in Gedanken beyfügen: ſolam ſine hereditate antea data. Regius Enantioph. Otto Theſ. Tom. 2. p. 1501. ſeq. will hereditatem adimi beybehalten, und nennt die ademtio hereditatis ungültig, weil kein Miterbe vorhanden. Da die ademtio eine bloße Wiederrufung des Teſtaments iſt, und dieſe eigentlich nicht galt; ſo kann man aus dieſem Grunde das Geſetz zwar ohne Aenderung erklären. Es hat aber alsdenn der Vorderſatz und der Nachſatz keinen guten Zuſammenhang. Warum wird im Nachſatz blos der eodem teſtamento wieder genommenen Freyheit gedacht? Die eodem teſtamento zuletzt wiedergenommene Freyheit würde nach dem Vorderſatz auch nicht gelten. Daher muß die bürgerliche Rechtsregel, ſo vorausgeſchickt wird, nicht diejenige ſeyn, nach welcher keine verbal Wiederrufung der Teſtamente gilt, ſondern es muß eine andere ſeyn, nemlich, daß bey

Ver-

Verbindung der Erbeinſetzung und Freyheit die Wiederrufung der letztern allein ungültig ſey.

§. 115. Die eigenen Knechte wurden beſonders zu Erben alsdenn gemacht, wenn ſo viel Schulden vorhanden waren, daß ſie das Vermögen überſtiegen. In ſolchen Fällen nahm ein anderer nicht leicht die Erbſchaft an. Der Concurs gieng alsdenn, wenn kein Erbe die Erbſchaft annahm, auf den Namen des Verſtorbenen, der dadurch beſchimpft wurde. War aber ein Erbe da; ſo gieng alles auf deſſen Namen. Dieſen Schimpf muſte alſo der Knecht über ſich nehmen. Das Geſetz, welches ſonſt die Freylaſſungen auf allerley Art einſchränkte, Lex Aelia Sentia, geſtattete zur Ehre des Römers dennoch gegen alle dieſe Einſchränkungen die Ausnahme, wofern Schulden halben der Bürger ſeinen Knecht zu Erben zu machen und ihm dadurch die Freyheit zu geben genöthiget würde. Jedoch muſte in ſolchem Falle nur einer dazu ausgeſucht werden. L. 42. de hered. inſtit. Qui ſolvendo non erat, duos Apollonios liberos heredesque eſſe juſſerat. Altero ante apertas tabulas teſtamenti mortuo, non ineleganter defendi poterit, eum, qui ſupererit, liberum et ſolum neceſſarium heredem fore. Quodſi uterque vivit, inſtitutionem nullius eſſe momenti propter legem Aeliam Sentiam, quae amplius, quam vnum neceſſarium heredem fieri vetat. L. 43. eod. Invicem enim eos ſibi obſtare. Lex Aelia Sentia verordnete, daß, wenn mehr Knechte, als einer von einem Verſchuldeten in dem ſonſt verbotenen Falle zu Erben und zur Freyheit berufen worden, nur der erſte unter ihnen die Freyheit und Erbſchaft haben ſollte. Dies umgieng man mit Liſt, wenn man mehrere, die einerley Namen hatten, zugleich berufte. Aber der fraus legis galt nicht. In ſolchem Falle war verordnet, daß keiner von allen die Erbſchaft und Freyheit haben ſollte.

War

War jedoch einer von zweyen beym Leben des Erblaſſers, oder vor Eröfnung des Teſtaments geſtorben; ſo galt die Berufung wenigſtens in Anſehung des einen, der noch übrig geblieben. Lex Iul. et Pap Popp. hatte verordnet, daß vor Eröfnung des Teſtaments die Erbeinſetzung und der ganze Inhalt des Teſtaments noch ohne Kraft ſeyn ſollte. Alſo war, wenn in der Zeit, obgleich nach dem Erblaſſer, ein Knecht geſtorben; es ſo gut, als ob er bey deſſen Leben geſtorben wäre. Die Catonianiſche Regel hinderte hier nichts, ohnerachtet die Sache von Anfange ungültig geweſen, weil dieſe den Fall voraus ſetzte, wo ſchon durch den Tod des Erblaſlaſſers die Beſtättigung geſchieht. Wo es aber nach der neuen Verordnung des L. Iul. et Pap. Popp. gieng, da war von dieſer Regel kein Gebrauch zu machen. Die beyden Zweifels-Gründe, welche dem Geſetz entgegen ſtanden, unterſucht umſtändlich Cheſi Iurispr. Rom. et Att. Tom. 2. 1153. ſeq. Man braucht hier nur zu ſagen, daß die Catonianiſche Regel mehrere Ausnahmen habe, und hier die Abſicht die Ehre eines Römers durch einen Notherben zu retten, alles überwog, wenn auch der L. Pap. Popp. nicht entgegen geweſen wäre, und die Eröfnung des Teſtaments bey Knechten nicht abzuwarten war.

§. 116. Daß ſonſt der erſt ernannte nur Erbe werde, lehrt L. 60. de hered. inſtit. Qui ſolvendo non erat, ſervum primo loco, et alterum ſervum ſecundo loco heredes ſcripſit. Solus is, qui primo loco ſcriptus eſt, hereditatem capit. Nam lege Aelia Sentia cavetur, vt ſi duo pluresve ex eadem cauſa heredes ſcripti ſint, vti quisque primus ſcriptus ſit, heres ſit.

§. 117. Dies gilt nicht nur bey der heredis inſtitutione directa, ſondern auch bey der fideicommiſſariſchen

Erb-

Erbeinſetzung. L. 83. §. 1. de hered. inſtit. Temporibus Divi Hadriani Senatus cenſuit, ſi teſtator, qui, cum moritur, ſolvendo non fuit, duobus pluribusve libertatem dederit, eisque hereditatem reſtitui juſſerit, et inſtitutus heres ſuſpectam ſibi hereditatem dixerit, vt adire eam cogatur, et ad libertatem perveniat, qui priore loco ſcriptus fuerit, eique hereditas reſtituatur. Idem ſervandum in his, quibus per fideicommiſſum libertas data fuerit. Igitur, ſi primo loco ſcriptus deſideraret adire hereditatem, nulla difficultas erit. Nam ſi poſteriores quoque liberos ſe eſſe dicent, et reſtitui hereditatem deſiderent, an ſolvendo ſit hereditas, et omnibus liberis factis reſtitui deberet, apud praetorem quaereretur. Abſente autem primo, ſequens deſiderans, adiri hereditatem, non eſt audiendus, quia ſi primus velit ſibi reſtitui hereditatem, praeferendus eſt: et hic ſervus futurus. Wenn der Fiduciar-Erbe ſich weigert, die Erbſchaft anzutreten, und an die Fideicommiſſariſchen Erben herauszugeben, ſo wird er dazu gerichtlich genöthiget. Denn muß er die Erbſchaft doch nur dem erſten der Knechte herausgeben, welchem die verſchuldete Erbſchaft fideicommiſſariſch, die Freyheit neben der verſchuldeten Erbſchaft aber directe verlaſſen iſt. Idem ſervandum heiſt, das gelte auch, wenn die Freyheit mehreren Knechten neben der Erbſchaft fideicommiſſariſch vermacht iſt. Einer unter ihnen, und zwar der erſternannte, zwingt hier den Erben zur Antretung der Erbſchaft und Einräumung der Freyheit, nebſt der Erbſchaft, beſorgt alsdenn die Geſchäfte des Erben und befriedigt die Gläubiger. Nam ſi poſteriores u. ſ. w. heiſt: die fernergenannten Knechte können ſich zu ſolchem Zwange und zu Aufrechthaltung ihrer Freyheit nur melden, wenn der Erblaſſer nicht verſchuldet war. Quia ſi primus etc. heiſt: weil, wenn ſich der erſtere heut oder morgen meldet, ſo geht ſolcher vor, und der folgende bleibt

ein

ein Knecht. Die Worte: idem ſervandum in his, quibus per fideicommiſſum libertas data fuerit, hält A. Faber Conject. L. 18. c. 13. für einen unächten Zuſatz, beſonders weil ſich nicht gedenken laſſe, wie die Fideicommiſſariſchen mit Freyheit verſehenen Knechte den Fiduciar zwingen könnten, die Erbſchaft anzunehmen. Allein ſeine Gründe ſind ſo erheblich nicht, daß der Text zu ändern wäre. Der noch nicht in Freyheit geſetzte Knecht kann, zum Behuf des Zwangs des Fiduciarii, zur Erbantretung ſchon gewiſſer Maſſen als Freygewordener angeſehen werden.

§. 118. Daß der zweyte ernannte Knecht der Verſchuldung wegen nicht Erbe und frey werde, iſt alsdenn nur wahr, wenn der Erblaſſer demſelben freywillig die Freyheit verlaſſen. Hatte der zweyte ernannte die Freyheit, ſo ihm vermacht iſt, ſchon ohnedem zu fordern, ſo kann ihm die Verſchuldung des Erblaſſers bey ſeiner von Rechtswegen gebührenden Freyheit nicht ſchaden. L. 55. de hered. inſtit. Si is, qui ſolvendo non eſt, primo loco Stichum: ſecundo eum, qui ex fideicommiſſi cauſa libertatem debet, liberum et heredem inſtituerit: Neratius, ſecundo loco heredem ſcriptum fore, aut, quia non videtur creditorum fraudandorum cauſa manumiſſus.

§. 119. Der Knecht, welcher, bey verſchuldeter Erbſchaft, als Ausnahme von den Einſchränkungen des L. Aeliae Sentiae, Erbe und frey wird, behauptet dieſe Rechte nur, wenn kein Subſtitut da iſt, der die Erbſchaft anzunehmen ſich erklärt. Iſt ein ſolcher da, ſo iſt keine Nothwendigkeit, dem L. Ael. Sent. entgegen zu handeln. Es iſt dies ein auſſerordentlicher Fall, wo die Subſtitution der Inſtitution vorgeht. L. 57. de hered. inſtit. Si is, qui ſolvendo non eſt, ſervum cum liberta-

te

te heredem inſtituerit, et liberum ſubſtituerit: ante incipiendum erit a ſubſtituto. Lex enim Aelia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres inſtitutus eſt, conſervat libertatem, ſi nemo alius ex eo teſtamento heres eſſe poteſt.

§. 120. Es giebt aber einen andern Fall, wo der Knecht bey einer verſchuldeten Erbſchaft dennoch die, nebſt Erbeinſetzung, ihm verlaſſene Freyheit behauptet, obgleich neben ihm noch ein freyer Erbe da iſt. Das iſt der Fall, da dieſer Erbe bedingt ernannt iſt, unter der Bedingung nemlich, wofern der Knecht Erbe wird. Weil hier, ehe an dieſen freyen Erben die Reihe kommt, erſt der Knecht Erbe werden muß, und wenn er es einmal geworden, er es alsdenn bleiben muß; ſo beſtehen beyde Erbeinſetzungen in dieſem Falle neben einander. L. 88. de hered. inſtit. Ei, qui ſolvendo non eſt, aliquo caſu evenit, vt et ſervus cum libertate exiſtat et praeterea alius heres adjiciatur. Veluti ſi ſervo cum libertate inſtituto, ita adjectum ſit: Si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres eſto. Nam Titius, antequam Stichus ex teſtamento heres exſtiterit, heres eſſe non poteſt. Cum autem ſemel heres exſtiterit ſervus: non poteſt adjectus efficere, vt qui ſemel heres exſtitit, deſinat heres eſſe. Aliquo caſu evenit, ſollte vorweg ſtehen, und heiſt: Es hat ſich ein Fall zugetragen. Non poteſt adjectus efficere etc. heiſt: ſo kann er nicht wieder aufhören Erbe zu ſeyn, ohnerachtet ihm noch ein anderer Erbe zur Seite geſetzt iſt.

§. 121. Wenn der Knecht aller Verſchuldung der Erbſchaft ohnerachtet dennoch die Erbſchaft und Freyheit behaupten ſoll, ſo wird erfordert, daß er übrigens kein Hinderniß habe, weshalb ſolches nicht geſchehen köune, ſondern blos die Verſchuldung der Erbſchaft wider ihn

ſey

ſey. Fehlt es ſonſt noch an etwas, ſo er, zum Erben und frey werden, beſitzen müſte, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß er denn von Erbſchaft und Freyheit ausgeſchloſſen bleibt. L. 83. pr. de her. inſtit. Si non lex Aelia Sentia, ſed alia lex, vel Senatusconſultum, aut etiam conſtitutio, ſervi libertatem impediat: is neceſſarius fieri non poteſt, etiamſi non ſit ſolvendo teſtator. Hieher gehörte, wenn der Knecht ein plagium begangen. L. 12. de manumiſſ.; wenn die Erblaſſerin wegen Ehebruchs in Anklage war. L. 48. §. 2. de her. inſtit.

§. 122. Wenn auch blos die Verſchuldung dem Knecht im Wege war, ſo wurde er doch nur alsdenn frey, wenn nicht ein beſonderes Pfandrecht auf ihm haftete. War dergleichen beſondere Verpfändung bey ihm geſchehen; ſo konnte der Pfandgläubiger ſein habendes beſonderes Recht zur Ehrenrettung des Schuldners nicht einbüſſen. L. 1. C. de neceſſ. ſerv. hered. Is, qui ſolvendo non eſt, heredem neceſſarium etiam in fraudem creditorum relinquere poteſt. Sed ſi pignori datus fuiſti, et in eadem cauſa permanſiſti: ne ab eo quidem debitore, qui ſolvendo non fuit, liber et heres neceſſarius exiſtere potuiſti.

§. 123. Wenn man eines andern Knecht zu Erben ernennt, ſo erwirbt derſelbe nicht für ſich, ſondern für ſeinen Herrn. L. 3. C. de neceſſ. ſerv. hered. Si tutor ancillam tuam contubernio ſuo conjunxit, ac poſt heredem eam inſtituit; neque dominium ex hujusmodi facto tibi auferri potuit: et vt ejus aditione juſſu tuo tibi per hanc ſucceſſio quaeratur, jure conceſſam habes facultatem.

§. 124. Sind der Herren mehrere, ſo erwerben ſie alle nach Proportion des Antheils, den ſie am Knechte

haben, die Erbſchaft §. 3. I. de hered. inſtit. Servus autem plurium, cum quibus teſtamenti factio eſt, ab extraneo inſtitutus heres vnicuique dominorum, cujus juſſu adierit, pro portione dominii acquirit hereditatem.

§. 125. Wenn von den Eigenthümern der eine und der andere nur zur Annehmung der Erbſchaft ſeinen Willen giebt, ſo wächſt dieſem der Erbantheil der übrigen Intereſſenten zu. L. 67. de acq. heredit. L. 50. de Leg. 1.

§. 126. Weil nicht der Knecht, ſondern der Herr Erbe wird, ſo folgt, daß dieſer der Erbſchaft fähig ſeyn muß, weil es hier hauptſächlich auf ihn ankommt. L. 31. pr. de hered. inſtit. Non minus ſervos, quam liberos, heredes inſtituere poſſumus: ſi modo eorum ſcilicet ſervi ſint, quos ipſos heredes inſtituere poſſumus, cum teſtamenti factio cum ſervis ex perſona dominorum introducta eſt. Vlp. Fragm. tit. 22. §. 9. Alienos ſervos heredes inſtituere poſſumus; eos tamen, quorum cum dominis teſtamenti factionem habemus. L. 10 C. de hered. inſtit. Neque per ſe heredes inſtitutos, quibus hoc conceſſum non eſt, neque per ſervos proprios hereditatem poſſe quaerere, juris dictat ratio.

§. 127. Weil daher auch ſolche, die nach dem Teſtamente erſt noch geboren werden ſollen, wenigſtens nach prätoriſchem Rechte zu Erben ernannt werden können, ſo iſt es begreiflich, daß man die Knechte ſolcher künftigen Menſchen ebenfalls zum voraus zu Erben ernennen kann. L. 64. de hered. inſtit. Ejus ſervum, qui poſt mortem meam natus erit, heredem inſtitui poſſe, Labeo frequenter ſcribit. Idque verum eſſe manifeſto argumento comprobat, quia ſervus hereditarius, priusquam adea-

adeatur hereditas, inſtitui heres poteſt: quamvis is teſtamenti facti tempore nullius ſit. Cf. Altamiran. Meerm. Theſ. Tom. 2. p. 456. Es iſt auch ſonſt nicht ungewöhnlich, daß einer dasjenige durch einen andern erhalte, was er nicht unmittelbar bekommen kann. L. 12. §. 3. de inoff. teſt. L. 55. de acquir. hered. Städte konnten durch ihre Knechte zu Erben ernannt werden. Majans ad 30. ICtos P. 2. p. 87.

§. 128. Der Knecht, der zu einer noch nicht angetretenen Erbſchaft gehört, iſt in dieſem Zuſtande dennoch der Erwerbung der Erbſchaft fähig. Er erwirbt ſie der Erbſchaftsmaſſe, welche in dieſem Stück den verſtorbenen Erblaſſer vorſtellt und fortſetzt. L. 52. de hered. inſtit. Servus hereditarius heres inſtitui poteſt: ſi modo teſtamenti factio fuit cum defuncto: licet cum herede inſtituto non ſit. L. 31. §. 1. eod. Hereditarium ſervum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem inſtitui poſſe, quia creditum eſt, hereditatem dominam eſſe, defuncti locum obtinere. §. 2. I. eod. Servus etiam alienus poſt domini mortem recte heres inſtituitur; quia et cum hereditariis ſervis teſtamenti factio eſt. Nondum enim adita hereditas perſonae vicem ſuſtinet, non heredis futuri, ſed defuncti: cum etiam ejus, qui in vtero eſt, ſervus recte heres inſtituatur. Der beſte Beweis, daß hier die Erbſchaft den Verſtorbenen vorſtellt, iſt der, daß dabey auf die Erbfähigkeit des Erblaſſers dieſer Maſſe, nicht auf die Tüchtigkeit des Erben, geſehen wird. Es wird hier vermuthlich ein Mangel bey dem Erben vorausgeſetzt, der ihn nicht ſchlechthin untüchtig macht, ſondern der nur hindert, daß er von dem diesmaligen Erblaſſer nichts hätte erben können. Dieſer Umſtand ſchadet nicht, weil nicht er, ſondern der Erblaſſer ernannt, und alſo nicht gegen die Geſetze gehandelt iſt. Doch muß abgewartet werden, bis der Erbe, nach-

dem er die Maſſe als Erbe angenommen, ſeinen Willen in Antretung der Verlaſſenſchaft, die dem Knechte vermacht war, gebe, und ſie auf ſolche Art ſich zu eigen mache. Das Ende §. 2. I. will ſagen, daß der Zweifel, als wenn eine Erbſchaft, wozu der Erbe ſich noch nicht erklärt, jetzt noch keine Perſon ſey, ſich durch eine Inſtanz leicht heben laſſe.

§. 129. Weil der Eigenthümer des fremden Knechts die Erbſchaft erwirbt, ſo folgt daraus, daß, wenn Jemand ſeinen Knecht verkauft, aber noch nicht übergeben hat, in der Zeit aber dem Knecht eine Erbſchaft zufällt, ſolche der Verkäufer annoch erhalte, nicht der Käufer. Jener iſt annoch Eigenthümer, dieſer noch nicht. L. 38. §. 5. de hered. inſtit. Cum venditor ſervum ante traditionem ab emtore pro parte heredem ſcriptum adire jubet, reſtituere coheredi ſervi neceſſe habet; quia lucrum facere ejus ſervi jure, quem vendidit, non debet. Plane non totum, quod acquiſierit, reſtituere, ſed pro eo duntaxat parte, qua ſervus coheredem habuerit. L. 39. eod. Id eſt, partem dimidiam ſervi, et quartam hereditatis. Libro trigeſimo digeſtorum Iuliani Marcellus notat: Imo et id debet praeſtari, quod conſequi venditor non potuiſſet, ſi prius, quam adiret ſervus partem hereditatis, is traditus eſſet. Quod eſt verum. Die Vortheile, welche der Verkäufer dadurch gezogen, muß er jedoch dem Käufer, wie allen Gewinn, nach richtig gewordenem Kauf abliefern. Dahin zielen dieſe Stellen. Der Käufer hatte den erkauften Knecht, der ihm noch nicht übergeben war, ſelbſt nebſt einer andern Perſon zum Erben ernannt. Dieſer erwarb alſo dem Verkäufer die Erbſchaft. Er muſte aber mit dem Antheil der Erbſchaft ſelbſt, ſo ihm vermacht war, dem Erben des Käufers abgeliefert werden. Dieſem gehörte der Knecht, und alles, was mit demſelben gewonnen war. Er ſelbſt war kein eigentlicher Miterbe.

erbe. Alſo fiel alles dem andern Miterben zu. Marcellus hatte alſo Recht, daß der Verkäufer nichts behalte, und es daher eben ſo ſey, als wenn dem Knecht nach der Uebergabe ein Theil der Erbſchaft ohne Freyheit vermacht worden wäre. Iuliani Meynung, daß ihm der halbe Knecht und ein Viertel der Erbſchaft bleibe, hat gar keinen Grund.

§. 130. Wenn mit dem eingeſetzten fremden Knechte in der Folge bey Leben des Erblaſſers eine Veränderung vorgeht; ſo ändert ſich danach die Erbſchafts-Erwerbung. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 13. Alienus ſervus heres inſtitutus, ſiquidem in ea cauſa permanſerit, juſſu domini debet hereditatem adire. Quodſi vivo teſtatore manumiſſus, aut alienatus a domino fuerit: aut ſuo arbitrio aut juſſu emtoris poterit adire hereditatem. Suo arbitrio, wenn er freygelaſſen iſt, juſſu emtoris, wenn er verkauft iſt.

§. 131. Darin unterſcheidet ſich der fremde Knecht von dem eigenen, daß man jenem nicht die Freyheit neben der Erbſchaft vermachen kann, wie dieſem, ſondern dieſer Beyſatz von Freyheits-Gebung bey der Erbeinſetzung nicht geachtet wird, als wenn er nicht da ſtünde. L. 49. pr. de her. inſtit. Si alienum ſervum liberum et heredem eſſe juſſi, et is poſtea meus effectus eſt, neutrum valet, quia libertas alieno ſervo inutiliter data eſt. L. 3. pr. eod. Servus alienus vel totus, vel pro parte ſine libertate heres inſtitui poteſt. Wäre der fremde Knecht nicht mein Eigenthum geworden; ſo würde wenigſtens die Erbeinſetzung gegolten haben. Man kann einen fremden Knecht ohne Freyheit zu Erben ernennen. Alſo thut es nichts, daß die beygefügte Freyheit, als nicht beygefügt, angeſehen wird. Es entſteht dadurch weiter nichts, als daß die Erbeinſetzung in den Stand geräth,

worin ſie ohne Freyheits-Ertheilung geweſen ſeyn würde. Wenn der Teſtirer des Knechts Eigenthümer wird; ſo bleibt die Freyheits-Ertheilung ungültig, weil ſie vom Anfange nicht gegolten. Der eigne Knecht kann aber ohne Freyheit nicht zum Erben ernannt werden. Alſo wird nun auch die Erbeinſetzung ungültig.

§. 132. Dagegen kann der eigne Knecht, wie oben vorgekommen, nicht unter der Bedingung, ſi liber erit, zum Erben ernannt werden, der fremde Knecht aber kann unter dieſer Bedingung Erbe ſeyn. L. 2. de condit. inſtit. Servus alienus ita heres inſtitui poteſt: cum liber erit. Proprius autem inſtitui non poteſt. L. 22. eod. Quia ratio ſuadet, eum qui libertatem dare poteſt, ipſum debere aut praeſenti die, aut in die aut ſub conditione dare libertatem: nec habere facultatem in caſum a quolibet obvenientis libertatis heredem inſtituere. A quolibet obvenientis heiſt, da ein anderer, auſſer ihm, dem Erblaſſer, wer er auch ſey, dem Knecht künftig die Freyheit geben möchte.

§. 133. Daß die Einſetzung eines fremden Knechts mit ertheilter Freyheit nicht ungültig ſey, lehrt Paul. Sent. L. 3. tit. 4. b. de Inſtit. hered. §. 7. Servus alienus cum libertate heres inſtitutus, inſtitutionem non infirmat: ſed libertas, vt alieno ſupervacua data videtur.

§. 134. Von dieſem Punkte, und zugleich was hier bey einem gemeinſchaftlichen Knechte Rechtens ſey, ſagt Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 7. Servos heredes inſtituere poſſumus, noſtros cum libertate, alienos ſine libertate, communes cum libertate vel ſine ea. §. 10. eod. Communis ſervus cum libertate recte quidem heres inſtituitur, quaſi proprius pro parte noſtra: ſine libertate autem, quaſi alienus, propter ſocii partem. Wenn der

der gemeinſchaftliche Knecht ohne Freyheit ernannt wird, ſo bleibt er dem Erben des Teſtirers und ſeinem Miteigenthümer gemeinſchaftlich, und erwirbt den ganzen Antheil, der ihm zugedacht war, dem Miteigenthümer. Wenn er mit ertheilter Freyheit eingeſetzt wurde, ſo that dies in den ältern Zeiten die Würkung, daß er nun ganz allein dem Miteigenthümer zugehörig wurde, und dieſer durch ihn auch ſeinen ganzen Erbantheil bekam. Nach Juſtinians Grundſätzen vom gemeinſchaftlichen Knecht aber, die ſchon oben angeführt worden, wird der Knecht frey, dem Miteigenthümer muß ſein Antheil von ihm vergütet werden, und der Knecht erhält ſeinen Erbantheil nun ſelbſt.

§. 135. Wenn der Miteigenthümer zum alleinigen Erben ernannt wird, ſo iſt er nun ohnedem Eigenthümer von der ganzen Erbſchaft, und alſo auch von dem Knechte. Es kann alſo dieſer nicht ohne Freyheit ein Vermächtnis erhalten. Unter der Bedingung, ſi liber erit, kann man ihm alsdenn etwas vermachen, weil ſolches allenfalls auch bey einem dem Teſtirer allein gehörigen Knechte, angeht. Er kann auch ohne Freyheit zum Erben ernannt werden. In dieſem Falle wird er als ein fremder Knecht angeſehen, und er erwirbt nun die ganze Erbſchaft dem Miteigenthümer. L. 89. de hered. inſtit. Si ſocius heres inſtitutus ſit ex aſſe, et ſervo communi legetur pure ſine libertate: hoc legatum non conſtitit. Plane ſub conditione ei vtiliter et ſine libertate legabitur, quoniam et proprio ſervo ab herede recte ſub conditione legatur. Quare etiam heres inſtitui ſine libertate, vt alienus, ſocio herede ſcripto poterit, quin et proprius cum domino heres inſtitui poterit. Socio herede ſcripto iſt ſo viel, als ſocio coherede ſcripto. Proprius cum domino inſtitui poteſt, ein Knecht, der ſchon ganz allein dem Erben zugehört, kann neben ihm zu Erben

ben ernannt werden. Das hat die Würkung, daß er ſeinen Erbantheil dem Eigenthümer ebenfalls erwirbt. Ab herede, recte legatur heiſt: Es wird gültig vom Erblaſſer ein Vermächtnis errichtet, ſo der Erbe auszahlen ſoll. cf. Merill. Diff. jur. c. 13.

§. 136. Derjenige, welcher an ſich frey iſt, jedoch bona fide Jemandem dient, iſt wahren Leibeigenen hier nicht gleich. Er iſt kein Notherbe, ſondern nimmt die Erbſchaft nur nach freyem Willen an. L. 59. pr. de hered. inſtit. Liber homo, cum tibi ſerviret, heres inſtitutus, juſſu tuo adiit. Trebatius eſſe eum heredem. Labeo, tunc non eſſe heredem, ſi neceſſitate id fecerit, non, quod alioquin vellet obligari.

§. 137. Wenn der dergeſtalt Dienende auch ſich bey einem andern Herrn, als dem Teſtirer, befindet, gilt die Erbantretung nur, wofern ſie freywillig geſchehen. Iſt er gezwungen dazu geſchritten, ſo iſt ſie ungültig. Der Dienende erwirbt inzwiſchen die freywillig angetretene Erbſchaft auf alle Fälle für ſich, davon das Werk vom Beſitz und Eigenth. §. 868.

§. 138. Wer in die Kriegsgefangenſchaft gerathen iſt, kann doch zu Erben ernannt werden. Denn er ſtirbt entweder in derſelben; ſo iſt es nur, als wenn er vor dem Teſtirer verſtorben wäre. Hat man ſeinen Knecht zum Erben ernannt, ſo iſt dieſer von Zeit der Gefangenſchaft ſeines Herrn bis zu deſſen Tode und zur Erbantretung ſeines Erben, als ein ſervus hereditarius anzuſehen. Oder er kommt wieder zurück; ſo hat er das Jus poſtliminii, und er iſt, als wenn er nicht gefangen geweſen wäre. L. 32. §. 1. de hered. inſtit. Is, qui apud hoſtes eſt, recte heres inſtituitur, quia jure poſtliminii omnia jura civitatis in perſonam ejus in ſuſpenſo retinentur.

tur, non abrumpuntur. Itaque ſi reverſus fuit ab hoſtibus, adire hereditatem poterit. Servus quoque ejus recte heres inſtituitur. Et ſi reverſus fuit ab hoſtibus, poteſt eum jubere adire hereditatem. Si vero ibi deceſſerit, qui ei heres exiſtet, poteſt per ſervum heres fieri.

§. 139. Die mehreſten der vorhin erwähnten Perſonen, die zwar erben, aber nicht teſtiren können, begreift L. 16. pr. qui teſtam. fac. poſſ. Filiusfamilias, et ſervus alienus et poſtumus et ſurdus teſtamenti factionem habere dicuntur. Licet enim teſtamentum facere, non poſſint: attamen ex teſtamento vel ſibi vel aliis acquirere poſſunt. Hier iſt ein poſtumus ſuus et alienus zu verſtehen. Jener nach bürgerlichem, dieſer nach prätoriſchem Rechte. Einige leſen, ſtatt deſſen, mutus. Altamiran. Meerm. Theſ. Tom. 2. p. 454.

§. 140. Es war eine Regel des Alterthums, daß ſolche Perſonen, welche man perſonas incertas nannte, nicht erben konnten. Rau. hiſtor. jur. civil. de perſon. incert. ex teſtam. heredib. Strauch de perſon. incert. Unter dieſen Perſonen aber waren zweyerley Leute zu verſtehen. Erſtlich diejenigen, die ſo benannt waren, daß ſie nicht ausfindig zu machen waren, und ſo, daß aus der Sache nicht zu kommen war. Bey dieſer Art Menſchen lehrt ſchon die Vernunft, daß die Erbeinſetzung nicht angehe. L. 4. de reb. dub. Paulus reſpondit, eum nomen fideicommiſſarii teſtamento adſcriptum non ſit, nulli perſonae neque certae, neque incertae datum fideicommiſſum videri, indubitatum eſt. Paul Sent. L. 3. tit. 4. b. de inſt. hered. §. 3. Quoties non apparet, quis ſit heres inſtitutus, inſtitutio non valet, quod evenit, ſi teſtator plures amicos vnius nominis habeat.

Die vorhergehenden Worte, die im Corp. Jur. abgedruckt, und auch aus dem 19ten Buch der Reſponſorum Pauli genommen ſind, aber nicht im Cod. Flor. ſtehen, zielen vermuthlich nicht auf die erſte Bedeutung des Worts: perſona incerta. Paulus reſpondit, id quod conditionis implendae cauſa datum eſt, ſine dubio et certis, et incertis perſonis dari debere, vt fideicommiſſi petitio poſſet competere. cf. Merill. Obſ. L. 8. c. 5.

§. 141. Es gelten natürlicher Weiſe auch Vermächtniſſe nicht, wobey eine Ungewißheit der Perſon dieſer Art vorkommt; ſo wie die Aufhebung des mehrern Perſonen vermachten Legats, alles ungültig macht, wenn einem Legatarius ſein Vermächtnis genommen iſt, und man nicht weiß, welchem. L. 10. pr. de reb. dub. Si fuerat legatum relictum, ex cognatis meis, qui primus Capitolium aſcenderit: ſi ſimul duo veniſſe dicuntur, nec apparet, quis prior venerit: an impedietur legatum? vel ei, qui monumentum fecerit, et plures fecerint, vel ei qui maximus natu eſt, et duo pares aetate ſint. Sed et ſi legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo ſint aequa caritate conjuncti. Sed et ſi duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum; puta Semproniis, mox Sempronio ademtum ſit: vtrum datio in vtriusque perſona infringitur, an ademtio nulla, quaeri poteſt. Item ſi ex pluribus ſervis ejusdem nominis vni vel quibusdam libertas relicta eſt. Et verum eſt in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademtionem autem in vtrumque valere. A. Faber hat gemeynt, man müſſe hier leſen: in vtrumque non valere. Andere haben ademtione in vtrumque valere, welches ſie erklären: non obſtante ademtione in vtrumque valere. Bynkersh. Obſ. L. 2. c. 15. behält die gewöhnliche Leſeart bey, ſo daß es heiſſe: Wenn hingegen beyden Semproniis das Vermächtnis genommen iſt, ſo gelte es. Einige leſen ademtionem in vtrumque valere, Merill. Obſ. L. 4. c. 17.

ſo

ſo aber verwerflich. Weil die Unrichtigkeit der Leſeart nicht erwieſen werden kann, die Erklärung des Bynkersh. aber einen unnützen Satz herausbringt, auch andere Erklärungen nicht paſſen, ſo behält man am beſten unſere Erklärung bey, zumal die Worte: ademtionem autem einen Gegenſatz vom vorigen erwarten laſſen.

§. 142. Hierin hat keine Veränderung auch in den neueſten Zeiten gemacht werden können.

§. 143. Zweytens hieſſen aber perſonae incertae auch alle diejenigen, welche der Erblaſſer bey der Handlung des Teſtirers nicht ſelbſt mit Augen geſehen, und die dem teſtamento per aes et libram nicht beywohnen konnten, oder die im Ausgange zwar gewiß wurden, aber zur Zeit ihrer Benennung noch nicht gewiß und ausgemacht waren. Auch dieſer Perſonen Erbernennung war ehemals unzuläßig. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 4. Incerta perſona heres inſtitui non poteſt, velut hoc modo: Quisquis primus ad funus meum venerit, heres eſto: quoniam certum conſilium debet eſſe teſtantis.

§. 144. Man geſtattete jedoch dieſe Teſtamentsverordnung, wenn eine gewiſſe Beſtimmung der Perſonen von einer Seite ſchon jetzt dabey war, dahin z. E. L. 11. de reb. dub. Quoties libertis vſusfructus legatur, et ei, qui noviſſimus ſupervixerit, proprietas: vtile eſt legatum. Exiſtimo enim omnibus libertis proprietatem ſub hac conditione, ſi noviſſime ſupervixerit, dari. Omnibus heiſt hier ſo viel, als: ſingulis.

§. 145. Städte und Gemeinheiten konnten alſo ehemals nicht erben. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 5. Nec municipia, nec municipes heredes inſtitui poſſunt: quoniam incertum corpus eſt, vt neque cernere vniverſi,

neque pro libito de herede cernere poſſint, vt heredes fiant. Senatusconſulto tamen conceſſum eſt, vt a libertis ſuis heredes inſtitui poſſint. Sed fideicommiſſa hereditas municipibus reſtitui poteſt. Denique hoc Senatusconſulto proſpectum eſt. Es war nach dieſer Stelle auch noch ein Grund, warum Gemeinheiten nicht erben konnten, weil die Antretung der Erbſchaft bey ihnen nicht wohl angieng, die in Perſon, nicht durch Gevollmächtigte geſchehen muſte, bey Gemeinheiten aber ohne Anwalde ſolche ſich nicht denken ließ. Ein Paar Senatusconſulta machten hier eine Ausnahme. Das erſte ſteht L. 1. de libert. vniverſit. wodurch ihnen von den Freygelaſſenen die Erbeinſetzung geſtattet wurde. Das zweyte war das ICtum Apronianum, aus den Zeiten Hadrians, davon L. 26. ad SCt. Treb. und welches wahrſcheinlich zu Hadrians Zeiten gemacht iſt. Dieſes SCtum gab den Municipiis die Fähigkeit zu Fideicommiſſen. Denique etc. zeigt an, daß ſchon vor dem SCto Aproniano durch Gewohnheit die Municipia zu Fideicommiſſen gelaſſen worden, welches das SCtum nur beſtättigt.

§. 146. Die Vermächtniſſe durften nun auch den Städten verlaſſen werden, und es iſt entweder falſch, daß es dem Kaiſer Marcus beygelegt wird, als ob dieſer ſolches erſt eingeführt, oder was anfänglich von Fideicommiſſen verordnet war, hat dieſer zuerſt auf die Legata ausgedehnt L. 20. de reb. dub. Cum ſenatus temporibus Divi Marci permiſerit, collegiis legare: nulla dubitatio eſt, quod ſi corpori, cui licet coire, legatum ſit, debeatur. Cui autem non licet, ſi legetur, non valebit. Hi enim non quaſi collegium, ſed quaſi certi homines, admittentur ad legatum.

§. 147. Die Sache wurde in der Folge auch auf directas inſtitutiones ausgedehnt. Hierauf bezieht ſich

noch

noch L. 12. C. de Hered. inſtit. Hereditatis vel legati, vel fideicommiſſi aut donationis titulis domus aut annonae civiles, aut quaelibet aedificia, vel mancipia, vel jus inclytae vrbis vel alterius cujuslibet civitatis pervenire poſſunt. Die Verordnung iſt vom K. Leo. Alſo einige Zeit vor Juſtinian ſcheint dieſe Abänderung durch die Gewohnheit gemacht zu ſeyn.

§. 148. Daß aber unbeſtättigten Geſellſchaften nichts vermacht werden könne, iſt bis in die neueſten Zeiten geblieben L. 8. C. de hered. inſtit. Collegium ſi nullo ſpeciali privilegio ſubnixum ſit, hereditatem capere non poſſe, dubium non eſt.

§. 149. Sogar die Götter wurden aus den angeführten Gründen als perſonae incertae angeſehen, und man konnte ihnen nichts vermachen, wenn ſie nicht beſonders dazu privilegirt waren. Conradi de diis heredib. ex teſtam. ap. Rom. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 6. Deos heredes inſtituere non poſſumus, praeter eos, quos Senatusconſulto, Conſtitutionibus Principum, inſtituere conceſſum eſt: ſicuti Jovem Tarpejum, Apollinem, Didymaeum, ſicuti Martem in Gallia, Minervam Milienſem, Herculem Gaditanum, Dianam Epheſiam, Matrem Deorum Sipelenſem, quae Smyrnae colitur, et Coeleſtem Salinenſem Carthaginis. Einige Götter erhielten, wie Dio Caſſius lehrt, das Ius trium liberorum, und wurden dadurch erbfähig. Apollo Didymaeus wurde in der Stadt Miletus verehrt. Minerva Milienſis iſt ein Fehler. Es muß heiſſen: Ilienſis. Dieſe Minerva Ilienſis wurde im Tempel der Veſta unter dem Namen des Palladii aufbewahrt. Hercules Gaditanus war der in Spanien zu Cadix verehrte Hercules. Mater Deorum war die Cybele. Statt Sipelenſem, muß es heiſſen: Sipylenſem. Die Stadt Sipyle in Aſien iſt hernach unterge-

vergegangen. Coeleſtis Carthaginis iſt die Himmelsgöttin zu Carthago, wovon nicht ganz gewiß, welche Göttin darunter zu verſtehen, und warum ſie Salinenſis genannt worden. Nicht alle privilegirte Gottheiten ſind hier genennt. Es waren deren noch mehrere.

§. 150. Aus gleichem Grunde konnten ſonſt auch poſtumi, beſonders alieni, nicht zu Erben ernannt werden. Nur fideicommißweiſe konnten ſie etwas erhalten, und die Prätoren gaben ihnen bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas.

§. 151. Auch Legata vermachen konnte man ſolchen perſonis incertis nicht. Inzwiſchen muſte, wenn ſie conditionis implendae cauſa was erhalten ſollten, der Bedingung nachgegangen werden.

§. 152. Nach und nach gieng man aber in dieſer Bedeutung des heredis incerti, wegen der veränderten Veranlaſſung, von den alten Grundſätzen ab. Beſonders verordneten die chriſtlichen Kaiſer, daß den Kirchen, dem Armuth, für die gefangenen Sclaven u. ſ. w. das Vermögen vermacht werden konnte. Endlich hat Juſtinian das alte Recht in dieſer Bedeutung ganz aufgehoben. Die Conſtitution hat im Cod. Libr. 6. tit. 48. geſtanden. Sie iſt aber verlohren gegangen. Die Inſtitutionen §. 27. de Leg. und pr. de bon. poſſ. beziehen ſich darauf, und die Griechen erwähnen ſie. Es iſt daraus zu erſehen, daß ſie allen erlaubten Gemeinheiten, der Geiſtlichkeit, Zünften, Kirchen, milden Stiftungen, dem Armuth, zur Befreyung gefangener Sclaven, u. ſ. w. ſein Geld zu vermachen geſtattet habe.

§. 153. Gemeinheiten und Städten wird vermacht, indem man entweder den Kollectiv- und abſtracten Namen

men derſelben gebraucht, oder die Mitglieder derſelben zuſammen und allgemein nennt. L. 2. de reb. dub. Civibus civitatis legatum vel fideicommiſſum datum civitati relictum videtur.

§. 154. Man kann ſeine Verwandſchaft überhaupt zu Erben ernennen. Denn ſind damit die nächſten Verwandten gemeynt. L. 19. §. 1. de reb. dub. Si quis cognationi leget, idem eſt, atque ſi cognatis legaſſet.

§. 155. Vermuthlich iſt es auch erſt neuerlich eingeführt, daß der, den der Teſtirer niemals, auch bey ſeinem Teſtamente nicht, gekannt, dennoch zu Erben ernannt werden kann. L. 11. C. de hered. inſtit. Extraneum etiam penitus ignotum, heredem quis inſtituere poteſt. §. 12. I. eod. Ii, quos numquam teſtator vidit, heredes inſtitui poſſunt; veluti ſi fratris filios peregrinantes, ignorans, qui eſſent, heres inſtituerit. Ignorantia enim teſtantis inutilem inſtitutionem non facit.

§. 156. Seitdem dies eingeführt worden, konnte man auch den Erben ſo beſtimmen, daß erſt eine künftige Begebenheit es gewiß machen ſollte, wer die Erbſchaft zu erhalten hätte L. 9. §. 10. de hered. inſt. Si quis ita dixerit: *Vter ex fratribus meis, Titio et Maevio, Sejam vxorem duxerit, ex dodrante, vter non duxerit, ex quadrante heres eſto:* hic recte factam inſtitutionem eſſe, certum eſt. Sed quis, ex qua parte, incertum. §. 11. eod. Plane erit ſimilis, ſi ita inſtitutio facta fuerit: *vter ex ſupra ſcriptis fratribus meis Sejam vxorem duxerit, heres eſto.* Sed et hanc puto valere inſtitutionem, quaſi ſub conditione factam.

§. 157. Der Stand macht den Erben nicht untüchtig, wenn er auch noch ſo vornehm iſt, indem auch Leute,

die

die in den gröſſeſten Würden ſtehen, zu Erben ernannt werden können. L. 16. pr. C. de teſtam. Non dubium nec incertum eſt, ſicut imperatoribus, ita qualibet dignitate vel poteſtate decoratis viris, tam hereditatem, quam legatum ſeu fideicommiſſum relinqui poſſe. Dem Kaiſer und Landesfürſten ſelbſt kann alſo auch der Unterthan ſein Vermögen vermachen, wenn nur die gehörige Form gebraucht wird. Gundling de principe herede.

§. 158. Eine Ausnahme haben die Kaiſer zu ihrem eignen Nachtheile alsdenn gemacht, wenn der Erblaſſer wegen ſeines Vermögens einen Rechtsſtreit hat, und um dem Gegner einen ſolchen Gegenpart zu geben, gegen welchen er nichts ausrichten könne, den Regenten bey ſeinem Abſterben zum Erben ernennt. In dieſem Fall wollen die Kaiſer die Teſtamentsverordnung für ungültig gehalten wiſſen. L. 91. de hered. inſtit. Imperatorem litis cauſa heredem inſtitui, invidioſum eſt; nec calumniae facultatem ex principali majeſtate capi oportet. Paul. Sent. L. 5. tit. 12. §. 8. Imperatorem litis cauſa heredem inſtitui invidioſum eſt: nec enim calumniandi facultatem ex Principali majeſtate capi oportet. Die Verordnung ſchreibt ſich vom Kaiſer Pertinax her, der ſie ſich ſelbſt zum Geſetz gemacht hat. §. vlt. I. quib. mod. teſt. infirm. Capitolin. de Pertinace. c. 7.

§. 159. Wenn Jemand Zeuge beym Teſtament iſt, ſo kann er nicht zugleich zu Erben darin ernannt werden, weil ihm die Einheit des Erben mit der Perſon des Erblaſſers hier hinderlich iſt. Hingegen ein Vermächtnis kann er in dem Teſtamente bekommen, da auſſer ihm noch mehrere Zeugen vorhanden ſind, und alſo auf den Verdacht wider ſein Zeugnis nichts ankommt, der Grund der Einheit der Perſon mit dem Erblaſſer aber hier wegfällt. Wer zum Aufſatze und Dictiren des Teſtaments gebraucht wird, kann daneben Erbe ſeyn. L. 14. de reb. dub. Si

quia ita ſcripſerit: Illis, qui teſtamentum meum ſignaverint, heres meus decem dato: Trebatius vtile legatum eſſe putat. Quod Pomponius verius eſſe exiſtimat, quia ipſum teſtamentum confirmatur teſtibus adhibitis. Quod verum eſſe exiſtimo. L. 22. C. de teſtam. Dictantibus teſtamenta, vel aliam quamlibet vltimam voluntatem legatum vel fideicommiſſum vel quodcunque aliud quolibet legitimo titulo teſtatorem poſſe relinquere, minime dubitandum eſt. Teſtibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro ſuo libito, quod voluerit teſtator, relinquere non prohibetur.

§. 160. Sonſt gehörte auch dazu, wenn Jemand erben wollte, daß er das Bügerrecht hatte, und kein Peregrinus war. Daher liberi dedititii und latini Iuniani nicht erben konnten. Die letztern wurden doch allenfalls zugelaſſen, wenn ſie binnen der Zeit der Kretion noch das Bürgerrecht erlangten. Es iſt aber bekannt, daß Juſtinian den Unterſchied der Arten der Freygelaſſenen aufgehoben hat, ſo wie ſchon längſt das Bürgerrecht allen unter Römiſchem Scepter lebenden Unterthanen gegeben war. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 2. Dedititiorum numero heres inſtitui non poteſt, quia peregrinus eſt, cum quo teſtamenti factio non eſt. §. 3. Latinus Iunianus, ſiquidem mortis teſtatoris tempore, vel intra diem cretionis, civis Romanus ſit, heres eſſe poteſt. Quodſi Latinus manſerit, lege Iunia capere hereditatem prohibetur. Idem juris eſt in perſona coelibis, propter legem Iuliam. Beyde Fälle des §. 3. waren, wie man ſieht, der Catonianiſchen Regel von dem was zu Anfange ungültig iſt, nicht unterworfen.

§. 161. Es gab ehemals noch mehrere Arten Menſchen, die entweder gar nicht, oder doch nicht alles erben konnten. Frauenzimmer konnten nach dem L. Voconia

nur den vierten Theil des Vermögens vermacht bekommen. Unverehlichte erbten nach dem L. Iul. de marit. ordin. nicht. Die, welche ohne Kinder waren, erhielten nur die Hälfte von dem, was ihnen zugetheilt war.

§ 162 Ein Ehegatte konnte dem andern nur den zehnten Theil ſeiner Güter vermachen. Es iſt noch ein Geſetz vorhanden, ſo ſich darauf bezieht. L. 6. C. de hered. inſtit. Si compenſandi debiti gratia vxor maritum fecit heredem: deſiderio tuo, praeter portionem hereditatis, debitum (quoque) reſtitui poſtulantis, non tantum juris ſeveritas, verum etiam defunctae voluntas refragatur. Die Frau konnte nach dem L. Iul. et Pap. zur Compenſation einer Schuld dem Mann einen Theil der Erbſchaft vermachen. Sonſt gieng es nicht an. Das wollen die Worte: non tantum juris ſeveritas refragatur. Da neuerlich ein anders eingeführt iſt, ſo würde, wofern die Frau nicht ausdrücklich ein anders verordnet hat, oder ein deutlicher Beweis der gegentheiligen Geſinnung der Frau vorhanden wäre, die Abſicht der Compenſation nicht vermuthet werden, alſo der Mann neben dem Erbſchaftstheil auch noch die Schuld fordern können.

§. 163. Die Verordnungen, deren jetzt und vorhin erwähnt worden, ſind neuerlich abgeändert. In den neueſten Zeiten ſind inzwiſchen noch einige andere Verbote der Erbeinſetzung übrig geblieben. z. E. daß die, welche in Blutſchande leben, einander nicht zu Erben ernennen, und auch die von ihnen erzeugten Kinder ihre Teſtamentserben nicht werden können; daß in Ehebruch lebende Perſonen einander nicht ernennen, natürliche nur einen Zwölfttheil erben können, wenn eheliche Kinder vorhanden ſind; daß dem zweyten Ehegatten nicht mehr vermacht werden darf, als einem Kinde erſter Ehe;

daß

daß Ketzer und Apoſtaten nicht erben dürfen, u. ſ. w. wovon jedoch unter den Titeln, die wir jetzt erklären, nichts geſagt iſt.

§. 164. Wenn einer ordentlicher Weiſe nicht alles vermacht bekommen kann, ſo iſt doch alsdenn eine Ausnahme, wofern ſich der Erblaſſer über Vermögen verſchuldet befindet. Alsdenn hindert nichts, ihn zum alleinigen Erben einer Erbſchaft zu machen, die ohnedem ein Nichts iſt. L. 72. de hered. inſtit. Si quis ſolidum a lege capere non poſſit, et ex aſſe ſit inſtitutus ab eo, qui ſolvendo non eſt: Iulianus ex aſſe eum heredem eſſe reſpondit. Legi enim locum non eſſe in ea hereditate, quae ſolvendo non eſt. Man nahm dieſen Satz aus der Analogie.

§. 165. Wenn Jemandem durch landesfürſtliche Diſpenſation erlaubt wurde, demjenigen mehr oder alles zu vermachen, welchem er ſonſt nichts, oder weniger, oder nur nicht alles vermachen durfte, ſo wurde durch ſolche Diſpenſation blos das Geſetz aufgehoben, ſo wegen des Verhältniſſes der Perſon entgegen ſtand. Alle übrigen Befugniſſe, das Teſtament von andern Seiten her anzufechten, blieben bey ihrer Kraft. L. 6. C. Theod. de inoff. teſt. Adverſus judicium omnibus integris, atque ſervatis, quibus inofficioſi actio, aut de immodicis donationibus, coeperit forte competere, vel qui ſe praeteritum eſſe teſtatur: Nos enim ita hujusmodi inſtitutiones firmandas eſſe cenſuimus, vt competentibus actionibus viam minime clauderemus. Ehegatten konnten ſich nicht alles vermachen, wenn ſie nicht gemeinſchaftlich Kinder hatten, oder vom Kaiſer das Recht gemeinſchaftlicher Kinder durch ein Privilegium ſich geben laſſen. Wenn ſie dieſes Privilegium erlangt hatten, ſo hinderte nun der Eheſtand nicht, daß ſie ſich nicht als Ehegatten hätten

alles vermachen können. Aber es konnte ſonſt noch allerley gegen das Teſtament einzuwenden ſeyn. Dieſe Einwendungen blieben. Iudicium iſt hier das Teſtament.

§. 166 Es kommt bey der Tüchtigkeit des Erben auf die drey Zeiten an, die Zeit nemlich des gemachten Teſtaments, des Todes des Erblaſſers, und die Zeit der anzunehmenden Erbſchaft. Wenn zu einer dieſer drey Zeiten eine Unfähigkeit ſich findet, ſo wird aus der Erbſchaft nichts. Iſt aber zu allen dieſen drey Zeiten die Tüchtigkeit vorhanden, ſo ſchadet es nicht, wenn in den Zwiſchenzeiten Veränderungen vorgegangen ſind, welche eine Untüchtigkeit würkten, wenn die Sache nur in dieſen drey Zeitpunkten auf den alten Fuß zurückgekehrt iſt. L. 49. §. 1. de hered. inſtit. In extraneis heredibus illa obſervantur, vt ſit cum eis teſtamenti factio, ſive ipſi heredes inſtituantur, ſive hi, qui in poteſtate eorum ſunt. Et id duobus temporibus inſpicitur: teſtamenti facti, vt conſtiterit inſtitutio: et mortis teſtatoris, vt effectum habeat. Hoc amplius, et cum adibit hereditatem, eſſe debet cum eo teſtamenti factio, ſive pure, ſive ſub conditione heres inſtitutus ſit. Nam jus heredis eo vel maxime tempore inſpiciendum eſt, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum teſtamentum et mortem teſtatoris, vel conditionem inſtitutionis exiſtentem, mutatio juris heredi non nocet; quia (vt dixi) tria tempora inſpicimus. L. 50. pr. eod. Servum meum heredem inſtitutum cum libertate, ſi vivus vendidero ei, cum quo teſtamenti factio non eſt, poſteaque eum redemero: ex teſtamento mihi heres eſſe poterit. Nec medium tempus, quo apud eum fuit, vitiavit inſtitutionem, quia verum eſt, vtroque tempore, tam teſtamenti faciendi, quam mortis tempore, meum fuiſſe. Vnde ſi apud eum remanſerit, vitiatur inſtitutio, vel, ſi cum eo teſtamenti factio eſt, juſſu

juſſu ejus adeundo acquiret ei hereditatem. L. 59. §. 4. eod. Si heres inſtitutus ſcribendi teſtamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum eſt: heres fit, ſi intra illud tempus, quo teſtator deceſſit, redierit; aut ſi ſub conditione heres inſtitutus eſt, quo tempore conditio exiſtit. Idem et in legatis et in bonorum poſſeſſionibus §. 4. I. de hered. qualit. et differ. In extraneis heredibus illud obſervatur, vt ſit cum eis teſtamenti factio, ſive heredes ipſi inſtituuntur, ſive ii, qui in poteſtate eorum ſunt, et id duobus temporibus inſpicitur: teſtamenti quidem facti tempore, vt conſtiterit inſtitutio: mortis vero teſtatoris, vt effectum habeat. Hoc amplius et cum adit hereditatem, eſſe debet cum eo teſtamenti factio, ſive pure, ſive ſub conditione heres inſtitutus ſit. Nam jus heredis eo maxime tempore inſpiciendum eſt, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum teſtamentum et mortem teſtatoris, vel conditionem inſtitutionis exiſtentem, mutatio juris non nocet heredi, quia, vt diximus, tria tempora inſpici debent. Teſtamenti autem factionem non ſolum is habere videtur, qui teſtamentum facere poteſt, ſed etiam, qui ex alieno teſtamento, vel ipſe capere poteſt, vel alii acquirere. Et ideo furioſus et mutus, et poſtumus, et infans, et filiusfamilias, et ſervus alienus, teſtamenti factionem habere dicuntur. Licet enim teſtamentum facere non poſſint: attamen ex teſtamento vel ſibi, vel alii acquirere poſſunt. Die Sache iſt in den Inſtitutionen ſowohl, als in den Pandecten nicht genau vorgetragen. Bey einer unbedingten Erbeinſetzung kommt es allerdings auf drey Zeiten an. Die erſte Zeit der Tüchtigkeit wird wegen der Regel erfodert, daß, was vom Anfange nicht gilt, hernach nicht gültig werden kann. Die zwey folgenden Zeiten ſind nöthig, weil, was in Umſtände geräth, unter welchen der Anfang nicht gemacht werden können, un-

gültig wird. Bey bedingten Erbeinſetzungen, kommt es auf die Zeit der eintretenden Bedingung und der Antretung der Erbſchaft allein an. Die andern vorherigen Zeiten kommen nicht in Betracht, weil der Anfang bey bedingten Ernennungen erſt von der Zeit gerechnet wird, da die Bedingung eintrat. Toullieu Collectan. p. 441. ſeq. Vinnius irrt, wenn er bey unbedingten Erbeinſetzungen nur zwey Zeiten, und bey bedingten drey annimmt. Die Gründe, die er vorträgt, beweiſen nichts.

§. 167. Weil bey bedingten Ernennungen es blos auf die Zeit der ſich zutragenden Bedingung und die Zeit der Erbſchaftsantretung ankommt: ſo iſt leicht zu begreifen, warum man einen unfähigen Erben ſo ernennen könne, daß er die Erbſchaft haben ſoll, wenn ſeine Untüchtigkeit hinwegfallen wird. Dies iſt eine Einſetzung unter Bedingung, oder ſub die incerto. Wenn er die Tüchtigkeit in der Folge erlangt; ſo kommt nichts darauf an, daß zur Zeit des Teſtaments oder des Todes des Erblaſſers ſolche nicht vorhanden geweſen iſt. L. 62. pr. de hered. inſtit. In tempus capiendae hereditatis inſtitui heredem poſſe, benevolentiae eſt, veluti: Lucius Titius, cum capere potuerit, heres eſto. Idem et in legato. Cheſi Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 5. ſq. will dieſes Geſetz nicht allgemein gelten laſſen, weil es in fraudem legis gereiche. Seine Scrupel aber haben keinen Grund. Majanſ. ad 30 ICtos P. 2. p. 88. erklärt die Stelle ebenfalls von ſolchen Erben, die nicht untüchtig ſind, jedoch als coelibes, orbi etc. nach dem L. Jul. Popp. das jus capiendi nicht haben. Es iſt aber keine Einſchränkung nöthig.

§. 168. Daß die Zwiſchenzeiten nicht geachtet werden, ſagt noch beſonders L. 6. §. 2. de hered. inſtit. Solemus

lemus dicere, media tempora non nocere. Vtputa civis Romanus heres ſcriptus vivo teſtatore factus peregrinus, mox civitatem Romanam pervenit: media tempora non nocent. Servus alienus ſub conditione heres ſcriptus, traditus eſt ſervus hereditario, mox vſucaptus ab extraneo: non eſt vitiata inſtitutio. Civitatem Romanam pervenit, ſtatt adeptus eſt, leitet Ianſ. Strictur. p. nach ſeinem bekannten Syſtem aus dem Griechiſchen καθίκετο her, welches ſowohl durch pervenit, als durch acquiſivit überſetzt werden könne. Das zweyte Beyſpiel dieſes Geſetzes iſt folgendergeſtalt zu erklären. Einen fremden Knecht kann man unter der Bedingung: ſi liber erit, zu Erben ernennen. Einen eignen Knecht nicht. Wenn auch der ſolchergeſtalt, nemlich unter der Bedingung: ſi liber erit, ernannte fremde Knecht des Teſtirers Eigenthum wird, ſo fällt die Einſetzung hinweg. Der Erblaſſer hatte einen fremden Knecht unter der erwähnten Bedingung ernannt. Dieſer war in der Folge einem zu des Teſtirers Vermögen gehörigen Knechte (hereditario) zugefallen. Aber bey Leben des Erblaſſers war er wieder in fremde Hände gediehen (vſucaptus ab extraneo). Er war alſo wieder der, welcher ſub conditione ernannt werden können. Wurde er nun bey Leben des Teſtirers von dem neuen Herrn in Freyheit geſetzt; ſo erhielt er die Erbſchaft.

Viertes Kapitel.

Form der Teſtamente.

§. 169. Von äußerer und innerer Form des Teſtaments, von Subſtantialibus und äuſſern und innern Feyerlichkeiten, feyerlichen und privilegirten, öffentlichen und Privat-Teſtamenten. §. 170. Die Form muß auch der beobachten, welchem der Landesfürſt zu teſtiren beſonders erlaubt.

§. 171. Von mündlichen und ſchriftlichen Teſtamenten und Verbindung der Schrift mit der Nuncupation.

§. 169.

Dasjenige, was bey der Art, den Erben zu ernennen, beobachtet werden muß, beſteht theils in der äuſſern, theils in der innern Form des Teſtaments. Letztere betrift den Inhalt des Teſtaments, und wie man ſich in Anſehung deſſen zu verhalten habe. Erſtere hingegen enthält die übrigen Beobachtungen bey dem Teſtamente, auſſer dem Inhalte. Es giebt bey der Erbeinſetzung, wie ſonſt bey andern Rechts-Materien, theils ſolche Vorſchriften, die ſchon die Vernunft an Hand giebt, *Subſtantialia teſtamenti*, theils ſolche, welche die Vernunft nicht lehrt, die aber doch bey Vermeidung der Ungültigkeit zu beobachten ſind. Dieſe nennt man Feyerlichkeiten. Sie betreffen, wie die Subſtantialia, theils die innere, theils die äuſſere Form. Die Teſtamente werden in Rückſicht derſelben in feyerliche und privilegirte eingetheilt. Jene ſind ſolche, wobey die ordentlicher Weiſe vorgeſchriebenen Feyerlichkeiten zu beobachten ſind; dieſe, wo ſolche nicht nöthig ſind. In Anſehung der äuſſern Form, davon die Anleitung, wie Teſtamente zu verfertigen, Nürnb. 1754. 8. Romswinkel de ſolennitatib. teſtam. jure quir. condendor., iſt ein großer Unterſchied, ob das Teſtament gerichtlich gemacht, oder gar dem Regenten zur Beſchützung und Handhabung vom Erblaſſer eingehändiget wird, oder ob keines von beyden geſchieht. In jenen beyden Fällen entſteht ein öffentliches, in dem letztern Falle ein Privat-Teſtament. Die innere Form iſt bey beyden dieſelbe.

§. 170. Die Form der Teſtamente muß übrigens auch von dem beobachtet werden, der durch landesfürſtliche

liche Begnadigung die Freyheit zu teſtiren erhalten hat, die ihm ſonſt nicht zuſtand. Dieſe Begnadigung giebt ihm nur die Erlaubnis zum Teſtamente überhaupt. Alles übrige geht nach der Vorſchrift der Geſetze. L. 6. C. Th. de inoff. teſtam. Adverſus judicium omnibus integris, atque ſervatis, quibus inofficioſi actio, aut de immodicis donationibus, coeperit forte competere, vel qui ſe praeteritum eſſe teſtatur. Nos enim ita hujusmodi inſtitutiones firmandas eſſe cenſuimus, vt competentibus actionibus viam minime clauderemus. Dieſe Stelle, ſo ſchon oben vorgekommen, iſt ein Bruchſtück einer weitläuftigen Verordnung von den Teſtamenten unter Ehegatten. Es gehören dazu L. vlt. C. Th. de diverſis reſcript. L. 4. de jure liberor. und L. 19. C. Iuſt. de teſtam. Aus dem Zuſammenhange erſieht man, daß hier die Rede von dem Falle iſt, wenn gegen den L. Iul. et Pap. Popp. den Eheleuten, die keine gemeinſchaftliche Kinder hatten, die Erlaubnis ertheilt worden, ſich einander zu Erben zn ernennen. Wo dieſes geſchehen; da ſoll dennoch im übrigen in Anſehung der Erbeinſetzung alles beobachtet werden, was vorgeſchrieben iſt, und jedem ſonſt ſeine dagegen habende Einwendungen vorbehalten ſeyn. Adverſus judicium heiſt: adverſus teſtamentum. Gegen ſolches, wenn es gleich mit Kaiſerlicher Erlaubnis gemacht iſt, ſoll querela inofficioſi und andere Klagen unbenommen ſeyn.

§. 171. Die Feyerlichkeiten des feyerlichen Privat-Teſtaments, davon Scharf de teſtam. ſolenni. Six dito. Strecker de teſtam. privato ſolenni praeſert. ſcripto, ſind verſchieden, nachdem das Teſtament ein geſchriebenes oder ein mündliches Teſtament iſt. Mündlich und ſchriftlich zugleich kann ein Teſtament nicht ſeyn. Faber Err. pragm. D. 69. E. 5. 6. Ein mündliches bleibt ein ſolches, wenn es ſchon zugleich ſchriftlich gefaßt wird,

 wie

wie jetzt geſchieht, da man die mündliche Verordnung gerichtlich, oder von einem Notarius faſſen läſſet, wowider A. Faber Err. pragm. D. 67. E. 1. 2. D. 69. E. 1. 2. ohne Grund Erinnerung macht. Hommel de ſcriptur. in teſtam. nuncup. Nettelblatt de teſtam. nuncup. in ſcript. redact. Schaumb. Singul. de teſtam. nuncupat. cap.

Erſter Abſchnitt.

Aeuſſere Solennitäten der Privat- und zwar feyerlichen Teſtamente.

Erſte Section.

Geſchichte derſelben.

§. 172. Geſchichte der äuſſern Feyerlichkeiten der Teſtamente. §. 173. Drey Arten der ältern Teſtamente. §. 174. Tement per aes et libram. §. 175. Prätoriſches Teſtament.

§. 172.

Die Feyerlichkeiten ſind übrigens nach und nach entſtanden, davon in den Inſtitutionen die Geſchichte erzählt wird. §. 1. I. de teſtam. ordin. Sed vt nihil antiquitatis penitus ignoretur, ſciendum eſt, olim quidem duo genera teſtamentorum in vſu fuiſſe, quorum altero in pace et otio vtebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero cum in proelium exituri eſſent, quod procinctum dicebatur. Acceſſit deinde tertium genus teſtamentorum, quod dicebatur per aes et libram, ſcilicet quod per emancipationem, id eſt, imaginariam quamdam venditionem agebatur, quinque teſtibus et libripende, civibus Romanis, puberibus, praeſentibus,

bus, et eo, qui familiae emtor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera teſtamentorum ex veteribus temporibus in deſuetudinem abierunt. Quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permanſerit, attamen partim et hoc in vſu eſſe deſiit. §. 2. Sed praedicta quidem nomina teſtamentorum ad jus civile referebantur. Poſtea vero ex edicto praetoris forma alia faciendorum teſtamentorum introducta eſt. Iure etenim honorario nulla mancipatio deſiderabatur, ſed ſeptem teſtium ſigna ſufficiebant, cum jure civili ſigna teſtium non eſſent neceſſaria. §. 3. Sed cum paulatim tam ex vſu hominum, quam ex conſtitutionum emendationibus coepit in vnam conſonantiam jus civile et praetorium jungi; conſtitutum eſt, vt vno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, ſeptem teſtibus adhibitis et ſubſcriptione teſtium, quod ex conſtitutionibus inventum eſt, et ex edicto praetoris ſignacula teſtamentis imponerentur. Ita vt hoc jus tripartitum eſſe videatur: et teſtes quidem eorumque praeſentia, vno contextu, teſtamenti celebrandi gratia, a jure civili deſcendant: ſubſcriptiones autem teſtatoris et teſtium, ex ſacrarum conſtitutionum obſervatione adhibeantur: ſignacula autem et teſtium numerus ex edicto praetoris. Vor den zwölf Tafeln waren alſo die Teſtamente in comitiis calatis, und in procinctu üblich. Man ſehe A. D. Trekell de orig. atque progr. teſtamenti fact. c. 2. §. 4. 5. Heinec. de orig. teſtamentif. et ritu teſtandi antiq. Summermann de orig. et progr. teſtamentor. Wiſſmann Origg. teſtamentor. Thomaſ. de prim. init. teſtamentif. Ej. de Orig. ſucceſſ. teſtam. Ej. de Senſ. leg. decemvir. teſtamentar. Jenes Teſtament war eigentlich ein öffentliches, indem es dem Volk, das die geſetzgebende Gewalt hatte, vorgelegt wurde. Das Volk muſte gleichſam in jedem Fall die Diſpenſation ertheilen, die der nöthig hatte, welcher von der geſetzlichen Beerbung

bung abgehen wollte. Es iſt alſo das Comitial-Teſtament von dem feyerlichen Privat-Teſtamente ganz unterſchieden, von welchem hier die Rede iſt. Weil jedoch einige Feyerlichkeiten des letztern ihren Urſprung von jenem Comitial-Teſtamente haben; ſo gehörte es zum Zuſammenhange, daſſelbe zu erwähnen. Comitia calata waren nichts anders, als Comitia ſchlechthin. Da der Volks-Verſammlungen mehrere Arten waren; ſo ſind unter dieſen beſonders die Curiat-Verſammlungen dem Teſtamente gewidmet geweſen. Dieſe dirigirten die Prieſter und deren Collegium. Sie waren für die Anordnungen in Religionsſachen, und deshalb auch für die Teſtamente darum nöthig, weil der Familien-Gottesdienſt dadurch mit übertragen wurde. Daß ſie jährlich nur zweymal gehalten worden, lehrt Theophilus, und ein etwas älterer Gloſſator. Aber ächte Nachrichten ſind davon nicht vorhanden. Die Teſtamente in procinctu waren Teſtamente der Soldaten, welche ſie bey dem wankenden Glück eines Treffens machten, wenn ſie ſich freywillig der Aufopferung fürs Vaterland durch blindes Zuſtürmen widmeten, und zu dem Ende mit dem in ſolchem Falle üblichen Rocke angezogen wurden. Man hatte in dieſem Zuſtande die Achtung für alles, was ſie noch verlangten, ſo daß man es für Gottesvergeſſen gehalten haben würde, ihren Willen nach ihrem Tode nicht zu befolgen. Schott de teſtam. in procinct. fact. in Opuſc. Procinctus hieß der Anzug. Teſtamentum procinctum iſt zwar falſch geredet, weil man nur den Soldaten procinctum nennt, aber das Teſtament nicht ſo nennen kann. Jedoch müſſen ſich die Verfaſſer der Inſtitutionen dieſes Ausdrucks würklich bedient haben, weil auch Theophilus ſo überſetzt hat. Das Teſtament in procinctu iſt ein privilegirtes Teſtament, und geht uns alſo jetzt nichts weiter an. Dieſes Teſtament hatte übrigens gar keine Solennität. Durch die zwölf Tafeln wurde nun ohne Volks-

Volks-Verſammlung jedem Privatmann erlaubt, ein Teſtament zu machen. Die Rechtsgelehrten gaben dieſem Teſtamente die Form der Mancipation, und ſo entſtand das Teſtament per aes et libram. Es kamen dabey auſſer dem Erblaſſer und Erben ſieben Perſonen, aber eigentlich nur fünf Zeugen, vor, weil die zwey übrigen aus dem Libripende und Anteſtato beſtanden. Dieſe Anwendung der Mancipation auf die Teſtamente, und überhaupt der fingirte feyerliche Verkauf waren von den Juriſten allein herzuleiten. Bey dem Teſtamente war der Erbe der Käufer, und hieß emtor familiae. Wernsdorf. de famil. emt. ipſo hered. in teſtam. per aes et libr. cond. Man brauchte ihn anfänglich ſelbſt, wie Theophilus lehrt, um die Erbſchaft durch die Mancipation an ſich zu bringen. Bezweifelt wird hier des Theophilus Nachricht ohne Grund. In der Folge aber nahm man einen Dritten dazu, der dem im geſchriebenen Teſtamente genannten Erben die Erbſchaft zurückzugeben verſprechen muſte, weil man bey ſeinem Leben den Erben, der ernannt worden, nicht gern wiſſen laſſen wollte. Es kam alſo dabey eine Mancipation, und Errichtung eines geſchriebenen Aufſatzes, welcher vorgelegt wurde, vor, worauf ſich die Mancipation bezog. Inzwiſchen kann man mit Trekell behaupten, daß auch teſtamenta nuncupativa per aes et libram nicht ungewöhnlich geweſen. Dieſes bürgerliche Teſtament erforderte, wenn es ſchriftlich war, keine Unterſchrift der Zeugen, oder des Erblaſſers oder Unterſiegelung, Be- und Zuſiegelung, obgleich alle dieſe Dinge hinzukommen konnten. Vermuthlich hat der Praetor die Unterſiegelung nicht erſt erfunden. Trekell de orig. et progr. teſtamentif. c. 3. §. 43. Darneben wurde ein prätoriſches Teſtament eingeführt, woraus bonorum poſſeſſio gegeben wurde. Dieſes erforderte keine Mancipation, keinen libripendem, anteſtatum und familiae emtorem, ſondern war ein ſchriftlicher

licher Teſtamentsaufſatz, wobey ſieben Zeugen gebraucht wurden, die den Aufſatz beſiegelten, bis endlich auch teſtamenta praetoria nuncupativa, oder wenigſtens bonorum poſſeſſiones aus mündlichen Teſtamenten üblich wurden. Nach und nach wurden auch die Umſtände des Teſtaments per aes et libram durch den Gebrauch und die Kaiſerlichen Verordnungen abgeändert, daß es ſich dem prätoriſchen Teſtamente näherte. Es entſtand Unterſchrift der Zeugen, des Erblaſſers u. ſ. w. Trekell l. c. cap. 3. §. 53. Beſonders ſchreibt ſich die neuere aus dem alten und prätoriſchen Rechte gemiſchte Form von Theod. Iun. und Arcad. her. Otto Comm. ad Inſt. p. 244., welche Kaiſer zugleich das alte Teſtament per aes et libram ganz aufhoben. Trekell p. 54. Man verordnete nun, daß auch das bürgerliche Teſtament die Zeugen unterſchreiben muſten. Die Kaiſer erforderten darneben die Unterſchrift des Erblaſſers. Jetzt floß das prätoriſche Teſtament mit dem bürgerlichen ganz zuſammen, und es entſtand durch Vermiſchung beyder Formen die neueſte Teſtamentsform. Das Erfordernis der Zeugen überhaupt, und die Vnitas actus kommen ſchon von dem teſtamento per aes et libram her, da die Mancipation, als ein actus ſolennis, keine Unterbrechung litte. Daß ſieben Zeugen erfordert werden, und die Unterſiegelung geſchieht, kommt vom prätoriſchen Rechte. Die Unterſchrift des Erblaſſers und der Zeugen iſt von den Kaiſern eingeführt. Salmaſ. de ſubſcript. et ſignat. teſtament. Weil dieſe das prätoriſche und alte bürgerliche Teſtament mit verſchlungen hat; ſo haben diejenigen allerdings Recht, welche behaupten, daß es ein beſonder prätoriſch Teſtament, ingleichen ein Teſtament per aes et libram, neuerlich nicht mehr gebe, daher auch keine bonorum poſſeſſio mehr aus einem Teſtamente ſtatt finde, welches blos die prätoriſche Form hat. Trekell. l. c. p. 53. Die bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas erfordert nun Teſtamen-

mente, die die bürgerliche Form haben, und auch bürgerlich gelten, oder bey denen blos einer gewiſſen Subtilität wegen die Gültigkeit fehlt, welchen Fehler das prätoriſche Recht supplirt.

§. 173. Die ältern Arten der Teſtamente erzählt auch Vlpian Fragm. Tit. 20. §. 2. Teſtamentorum genera fuerunt tria. Vnum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram fit, id eſt, per mancipationem imaginariam, in quo teſtamento libripens adhibetur, et familiae emtor, et non minus, quam quinque teſtes, cum quibus teſtamenti factio eſt.

§. 174. Von dem alten Teſtamente per aes et libram redet er l. c. §. 9. In teſtamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae emancipatio, et nuncupatio teſtamenti. Nuncupatur teſtamentum in hunc modum. Tabulas teſtamenti teſtator tenens ita dicit: Haec vti in his tabulis cerisve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor; itaque vos, Quirites, teſtimonium praebitote. Quae nuncupatio et teſtatio vocatur. Da man neuerlich nicht allemal Wachstafeln brauchte, ſo wird das Cerisve vermuthlich unterweilen ausgelaſſen worden ſeyn.

§. 175. Von dem prätoriſchen Teſtamente heiſt es Tit. 28. §. 6. Etiamſi jure civili non valeat teſtamentum, forte quod familiae mancipatio, vel nuncupatio defuit, ſi ſignatum teſtamentum ſit non minus, quam ſeptem teſtium, civium Romanorum ſignis, bonorum poſſeſſio datur. Vom prätoriſchen Teſtamente findet ſich auch noch eine Conſtitution des Diocl. et Maxim. im Corp. Hermogenian. Cod. Tit. 11. de Succeſſionibus, Num. 2. Si ſecundum edicti formam teſtamentum ſignatum

tum exſtitit: bona, quae cum moreretur auctor tuus, ejus fuerunt, ſolenniter pete. Auctor iſt der Erblaſſer. Solenniter nach Art der Agnition der bonorum poſſeſſionis. Auch gedenkt deſſelben Vlp. Fragm. Tit. 28. §. 6. Etiamſi jure civili non valeat teſtamentum, forte quod familiae mancipatio, vel nuncupatio defuit: ſi ſignatum teſtamentum ſit non minus, quam ſeptem teſtium civium Romanorum ſignis, bonorum poſſeſſio datur.

Zweyte Section.

Feyerlichkeiten, die dem geſchriebenen und mündlichen Teſtamente gemein ſind.

§. 176. Zweyerley Art der äuſſern Feyerlichkeiten. Zu den gemeinen gehört die Anrede der Zeugen. §. 177. Der ununterbrochene Fortgang der Handlung. §. 178. Kurze Zwiſchenräume von Nothwendigkeiten der Natur, oder der Krankheit bey Erblaſſer oder Zeugen ſchaden nicht. §. 179. Die Gegenwart von ſieben Zeugen. §. 180. Die ungezwungen erſcheinen. §. 181. Den Erblaſſer ſehen. §. 182. Ob Blindheit den Zeugen hier hinderlich. §. 183. Ob die Zeugen den Erblaſſer kennen müſſen. §. 184. Eigenſchaften der Zeugen überhaupt. §. 185. Satz, daß wer kein Teſtament machen kann, auch nicht Teſtamentszeuge ſeyn könne. §. 186. Frauenzimmer können nicht zeugen. §. 187. Auch nicht Knechte. §. 188. Nicht Verrückte, auſſer in den Zwiſchenzeiten der Vernunft. §. 189. Nicht Inteſtabiles. §. 190. Beſonders wegen des Criminis Repetundarum (§. 67.) §. 191. Wegen eines Ehebruchs oder Pasquills. §. 192. Latini Iuniani konnten Zeugen ſeyn. §. 193. Ficta vnitas mit dem Erblaſſer oder Erben hindert den Zeugen. Beſonders kann der Erbe nicht Teſtamentszeuge ſeyn. §. 194. Erinnerung wegen des Ulpian und Marcell. §. 195. Der, welchen der Erblaſſer aus der Kriegsgefangenſchaft losgekauft, kann bey ſeinem Teſtamente nicht zeugen. §. 196. Verwandſchaft, ingleichen Ficta vnitas

vnitas der Zeugen unter ſich ſchadet nicht. §. 197. Legatarien, Particular-Fideicommiſſarien und Teſtaments-Vormünder können zeugen. §. 198. Erinnerung gegen A. Faber. §. 199. Warum Ulpian den Erben allgemein vom Zeugnis ausſchlieſſe. §. 200. Ob ein Unterſchied in Anſehung der Tüchtigkeit des Zeugen, nachdem er den Inhalt des Teſtaments weiß oder nicht. §. 201. Der Schreiber des Teſtaments kann Zeuge ſeyn. §. 202. Nachherige Veränderungen bey den Zeugen, welche von Anfang tüchtig gewesen, ſchaden nicht. §. 203. Frage vom Abſterben der Zeugen. §. 204. Unbekannt geweſene Mängel der Zeugen hindern nicht.

§. 176.

Die neueſte Form der Teſtamente iſt nun ſo beſchaffen, daß einige Feyerlichkeiten allen Arten der Teſtamente gemein ſind, einige aber dem geſchriebenen, andere dem mündlichen Teſtamente eigen ſind. Die allgemeinen Feyerlichkeiten ſind 1) die Anrede der Zeugen. Dieſe beſteht darin, daß vor dem Vortrage über das Teſtament ſelbſt, den Zeugen vorausgeſagt werde, wie man ein Teſtament gemacht habe, oder ein ſolches machen wolle, wobey ſie Zeugen ſeyn ſollten, daher ſie darauf ihre Aufmerkſamkeit richten möchten. Wenn dieſe geſchieht; ſo iſt es übrigens einerley, ob die Zeugen mit der Bedeutung zu dem Erblaſſer erfordert werden, daß ſie einem Teſtamente beywohnen ſollen, oder nicht, oder ob ſie ſich gar nur gelegentlich bey einander finden. Eine Formel der Anrede iſt auch nicht beſtimmt. Sie hat ihren Urſprung aus dem alten bürgerlichen Teſtamente vor und nach den 12 Tafeln. L. 21. §. 2. Qui teſtam. fac. poſſ. In teſtamentis, quibus teſtes rogati adeſſe debent, vt teſtamentum fiat, alterius rei cauſa forte rogatos ad teſtandum non eſſe idoneos, placet. Quod ſic accipiendum eſt, vt, licet ad aliam rem ſint rogati vel collecti:

ſi tamen ante teſtimonium certiorentur, ad teſtamentum ſe adhibitos: poſſe eos teſtimonium ſuum recte perhibere.

§. 177. 2) Gehört hieher die ſchon erwähnte Vnitas actus. Sie erfordert, daß von der Zeit an, da die Anrede an die Zeugen geſchieht, bis zur Beendigung der ganzen Teſtaments-Handlung unabgebrochen fortgefahren werde, und keine Zwiſchenzeiten zwiſchen dem Anfange und Ende vorkommen, wo nichts zum Teſtamente geſchehen wäre; ingleichen, daß Handlungen, welche mit dem letzten Willen nichts zu thun haben, ſondern davon ganz unterſchieden ſind, nicht mitten unter der Handlung des Teſtaments eingemiſcht werden. L. 20. §. 8. Qui teſtam. fac. poſſ. Et veteres putaverunt, eos, qui propter ſolennia teſtamenti adhibentur, durare debere, donec ſuprema conteſtatio peragatur. L. 21. §. 3. eod. Vno contextu actus teſtari oportet. Eſt autem vno contextu, nullum actum alienum teſtamento intermiſcere. Quodſi aliquid pertinens ad teſtamentum faciat, teſtamentum non vitiatur. Die Pfandtheilung iſt ausgenommen. L. 26. de pign. act.

§. 178. Ein nothwendiger kurzer Zwiſchenraum von einer Handlung der Natur oder der Krankheit, ſchadet nicht. L. 28. pr. C. de teſtam. Cum antiquitas teſtamenta fieri voluerit, nullo actu interveniente, et hujusmodi verborum compoſitio non rite interpretata, pene in perniciem et teſtantium et teſtamentorum proceſſerit: Sancimus, in tempore, quo teſtamentum conditur, vel codicillus naſcitur, vel vltima quaedam diſpoſitio, ſecundum priſtinam obſervationem celebratur, (nihil enim ex ea penitus immutandum eſſe cenſemus) ea quidem, quae minime neceſſaria ſunt, nullo procedere modo. Quippe cauſa ſubtiliſſima propoſita, ea, quae ſuper-

ſuperflua ſunt, minime debent intercedere. Si quid autem neceſſarium evenerit, et ipſum corpus laborantis reſpiciens contigerit, id eſt, vel victus neceſſarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impoſitio, quibus relictis ipſa ſanitas teſtatoris periclitatur, vel ſi quis neceſſarius naturae vſus ad depoſitionem ſuperflui ponderis immineat, vel teſtatori vel teſtibus: non eſſe ex hac cauſa teſtamentum ſubvertendum, licet morbus comitialis (quod et factum eſſe comperimus) vni ex teſtibus contigerit: ſed eo, quod vrget, et imminet, repleto, vel depoſito, iterum ſolita per teſtamenti factionem adimpleri. Et ſi quidem a teſtatore aliquid fiat, teſtibus pauliſper ſeparatis, cum eorum his facere aliquid naturale teſtator erubeſcat: iterum introductis teſtibus, conſequentia factionis teſtamenti procedere. Si tamen in quemdam vel quosdam teſtium aliquid tale contingat: ſi quidem ex brevi temporis intervallo neceſſitas poteſt tranſire: iterum eorumdem teſtium reverſum exſpectari, et ſolennia peragi ſancimus. Sin autem longiore ſpatio refectio fortuiti caſus indigeat, et maxime ſi ſalus teſtatoris periclitantis immineat: tunc illo vel illis teſtibus, circa quos aliquid tale eveniet, ſeparatis, alios ſurrogari, et ab eo vel ab eis tam teſtatorem, quam alios teſtes ſciſcitari, ſi ea, quae eorum praeſentiam antecedunt, omnia coram his proceſſiſſent. Et ſi hoc fuerit vndique manifeſtum, jubemus tunc eos vel eum vna cum aliis teſtibus, ea, quae oportet facere, etſi in medio ſubſcriptionis teſtium jam fuerant ſubſecutae. Sic etenim et naturae medemur, et mortuorum elogia in ſuo ſtatu facimus permanere. Cauſa ſubtiliſſima propoſita heiſt: da das Teſtament als eine ſehr wichtige und oft verwickelte Sache vorgetragen wird. Impoſitio iſt Auflegung äuſſerer Mittel oder Verbande. Depoſitio ſuperflui ponderis ſind die Ausleerungen bey Erblaſſern und Zeugen. Modus comitialis iſt die fal-

 lende

lende Sucht. Longiori ſpatio refectio fortuiti caſus indiget, es iſt zur Erholung von dem Zufall lange Zeit nöthig. Si ſalus teſtatoris immineat muß ſagen wollen: wenn von einem längern Aufſchub die Wiedergeneſung des Erblaſſers abhängt, und dieſer daher nöthig iſt. Etſi in medio ſubſcriptionis, wenn gleich die Zeugen ſchon zur Hälfte unterſchrieben gehabt. Et ab eo vel ab eis etc. heiſt: es wird alles, was bereits geſchehen iſt, bey dem neuen Vortrag noch einmal durchgegangen und wiederholt.

§. 179. 3) Iſt allen Teſtamenten gemein, daß dabey ſieben Zeugen gegenwärtig ſeyn müſſen. Hommel de numero ſeptenar. teſtium in teſtam. Felz de teſtib. vlt. vol. Dieſes Erfordernis iſt von dem prätoriſchen Teſtamente hergenommen. Sind mehr, als ſieben Zeugen gebraucht; ſo ſchadet dieſes Uebermaas nicht. Paul. Sent. L. 3. tit. 4. a de teſtam. §. 10. Plures quam ſeptem ad teſtamentum adhibiti non nocent: ſuperflua eorum facta prodeſſe iuri tantum, nocere non poſſunt.

§. 180. Dieſe Zeugen müſſen nicht gezwungen werden, ſondern freywillig bey der Teſtamentshandlung erſcheinen. L. 20. §. 10. Qui teſtam. fac. poſſ. Sed ſi detenti ſint inviti ibi teſtes: putant, non valere teſtamentum.

§. 181. Sie müſſen ſich auch dergeſtalt um den Erblaſſer befinden, daß ſie ihn ſehen, und er ſie ſehen kann, damit kein Betrug und Unterſchiebung vorgehen könne. Link de teſtatore cortin. ſ. velato. L. 9. C. de teſtam. Si non ſpeciali privilegio patriae tuae juris obſervatio relaxata eſt, et teſtes non in conſpectu teſtatoris teſti-

teſtimoniorum officio functi ſunt: nullo jure teſtamentum valet.

§. 182. Man hat aus dieſer Stelle geſchloſſen, daß die Zeugen alle ſehend ſeyn müſſen, daher blinde Perſonen nicht zeugen könnten. Neuerlich iſt dies von einigen Schriftſtellern angegriffen, und behauptet werden, daß es aus dieſer Stelle nicht folge. Schott de coeco idon. in teſtam. teſte. Koch de conſpectu teſtator. Mathiae de teſtim. coeci et ſurdi in teſtam. In conſpectu heiſt freylich eigentlich in praeſentia, und drückt den Begriff des Anſehens nicht unmittelbar aus. Wenn man aber den Grund unterſucht, warum die Zeugen dem Erblaſſer gegenwärtig ſeyn ſollen, und er ihnen es ſeyn ſoll, ſo iſt die Vermeidung alles Betrugs der Grund dieſes Erfoderniſſes. Alſo hat die alte Meynung wegen Ausſchlieſſung blinder Zeugen wohl noch immer ihre Richtigkeit. Dies lehrt auch L. 8. C. qui teſt. fac. poſſ. Zumal da auch ſtumme, taube, und verſtandloſe Perſonen nicht Zeuge ſeyn ſollen. Bey einem geſchriebenen Teſtamente kommen noch beſondere Gründe hinzu, warum ein Blinder unter den Zeugen nicht zuläßig iſt.

§. 153. Daß die Zeugen den Teſtirer kennen, iſt nicht erfoderlich. Piſtorius de teſtatore teſtib. teſtam. incognito.

§. 184. Die Zeugen müſſen die in den Geſetzen beſtimmten Eigenſchaften haben, welche überhaupt ausgedrückt ſind. §. 6. I. de teſtam. ordin. Teſtes autem adhiberi poſſunt ii, cum quibus teſtamenti factio eſt. Sed neque mulier, neque impubes, neque ſervus, neque furioſus, neque mutus, neque ſurdus, neque is, cui bonis interdictum eſt, neque ii, quos leges jubent improbos inteſtabilesque eſſe, poſſunt in numerum te-

ſtium adhiberi, Vlp. Tit. 20. §. 7. Mutus, ſurdus, furioſus, pupillus, foemina, neque familiae emtor, neque teſtis libripensve fieri poteſt. Diejenigen, cum quibus non eſt teſtamenti factio, ſind ſolche, welche man nicht zu Erben ernennen kann. Dieſe können auch nicht Zeugen ſeyn. Wer zu Erben ernannt werden kann, darf jedoch nicht allemal Zeuge ſeyn. Wer nicht Zeuge ſeyn kann, iſt deshalb nicht allemal ein untüchtiger Erbe. Die, welche die Geſetze für inteſtabiles erklärt, können weder Teſtamente machen, noch Zeugen bey Teſtamenten ſeyn. Die Eigenſchaften der Zeugen gründen ſich theils in der Vernunft, theils in der Natur des ehemaligen bürgerlichen und prätoriſchen Teſtaments.

§. 185. Andere Geſetze ſagen auch, daß der, welcher kein Teſtament machen kann, auch nicht Zeuge bey einem Teſtamente ſeyn könne. L. 18. pr. Qui teſtam. fac. poſſ. Is, cui lege bonis interdictum eſt, teſtamentum facere non poteſt, et, ſi fecerit, ipſo iure non valet. Quod tamen interdictione vetuſtius habuerit teſtamentum, hoc valebit. Merito ergo nec teſtis ad teſtamentum adhiberi poterit, cum neque teſtamenti factionem habeat. § 1. Si quis ob carmen famoſum damnetur: Senatusconſulto expreſſum eſt, vt inteſtabilis ſit. Ergo nec teſtamentum facere poterit, nec ad teſtamentum adhiberi. Man ſieht aber, daß der Schluß nur von den Fällen gilt, wo Jemand für einen Verſchwender erklärt, oder in den Geſetzen inteſtabilis genannt iſt. Inteſtabilis war der, dem eines Verbrechens wegen die Fähigkeit zur Zeugſchaft genommen war. Ungegründet iſt der Traum des Theophilus, als wenn der ſo hieſſe, der zu Zeugen gebraucht worden, und hernach boshaft geleugnet, daß er unter den Zeugen geweſen. Sonſt iſt von der Untüchtigkeit zum Teſtiren kein Schluß auf die Unfähigkeit zum Zeugen zu machen.

§ 186.

§. 186. Frauensperſonen waren bey den alten Teſtamenten von der Zeugſchaft ausgeſchloſſen. Daher iſt dies noch bey dem neueſten Teſtamente beybehalten. L. 20. §. 6. Qui teſtam. fac. poſſ. Mulier teſtimonium dicere in teſtamento quidem non poterit. Alias autem poſſe teſtem eſſe mulierem, argumento eſt lex Iulia de adulteriis, quae adulterii damnatam teſtem produci vel dicere teſtimonium vetat. Der Beweis, daß Frauensleute ſonſt zeugen durften, iſt ganz gut aus dem L. Iul. de adult. hergenommen. Wenn die Weiber überhaupt nicht Zeugen seyn dürften, ſo brauchte der L. Iul. nicht beſonders den Ehebrecherinnen die Zeugſchaft zu benehmen. Daß in den älteſten Zeiten die Frauenzimmer bey keinerley Gelegenheit Zeugen ſeyn durften, davon findet man Spuren bey den Gellius L. 6. c. 7.

§. 187. Knechte waren ebenfalls zum Zeugnis bey Teſtamenten untüchtig, da ſie die Natur der alten Teſtamente ausſchloß. L. 20. §. 7. Qui teſtam. fac. poſſ. Servus quoque merito ad ſolennia adhiberi non poteſt, cum juris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti. Die Schlußworte ſagen, daß auch nicht einmal bey prätoriſchen Teſtamenten Knechte unter den Zeugen ſeyn dürfen.

§. 188. Verrückte können der Natur der Sache nach nicht Zeugen ſeyn. Haben ſie dilucida intervalla, ſo ſind ſie zu ſolcher Zeit zum Zeugnis nicht untüchtig. L. 20. § 4. Qui teſtam. fac. poſſ. Ne furioſus quidem teſtis adhiberi poteſt, cum compos mentis non ſit. Sed ſi habet intermiſſionem, eo tempore adhiberi poteſt. Teſtamentum quoque, quod ante furorem conſummavit, valebit, et bonorum poſſeſſio ex eo teſtamento competit. Der Schluß ſagt, daß auch prätoriſche Rechts-

mittel aus ſolchem Teſtamente ſtatt finden, ſo wie es nicht minder ſchon bürgerliche Gültigkeit hat.

§. 189. Daß diejenigen, welche die Geſetze, als inteſtabiles erklärt, nicht Zeugen ſeyn können, lehrt noch beſonders L. 26. qui teſtam. fac. poſſ. Cum lege quis inteſtabilis jubetur eſſe: eo pertinet, ne ejus teſtimonium recipiatur, et eo amplius, (vt quidam putant,) neve ipſi dicatur teſtimonium. Der letzte Satz des Geſetzes muß nicht ganz ausgemacht geweſen ſeyn, weil das vt quidam putant dabey gebraucht wird. Man kann alſo auch nicht ſicher daraus ſchließen, daß der Inteſtabilis nicht habe zu Erben ernannt werden können.

§. 190. Beſonders gehörten zu den Inteſtabilibus diejenigen, welche in der Provinz bey ihrer Amtsverwaltung Erpreſſungen vorgenommen, und deshalb ex lege Iulia Repetundarum verurtheilt wurden. L. 20. §. 5. Qui teſtam. fac. poſſ. Eum, qui lege repetundarum damnatus eſt, ad teſtamentum adhiberi poſſe exiſtimo: quoniam in judicio teſtis eſſe vetatur. Paul Sent. L. 3. tit. 4a. de teſtam. §. 13. Repetundarum damnatus nec ad teſtamentum, nec ad teſtimonium adhiberi poteſt. In L. 20. §. 5. iſt, wie Cujacius meynt, non poſſe exiſtimo zu leſen. Gleicher Meynung iſt Cannegiet. Obſ. L. 1. c. 17. Schulting ad Paul Sent. L. 3. tit. 4b. §. 13. iſt dagegen, weil die florentiniſche Leſeart dem Cujacius zuwider ſey, und der Scholiaſt der Baſilicarum den Vlpian, als hier vom Paulus abweichend, anführe. Der Fehler muß alſo ſehr alt ſeyn, wenn das non würklich aus Irrthum ausgelaſſen iſt, oder Vlpian hat würklich eine beſondere Meynung gehabt, die verwerflich iſt. Des Paul Meynung ſteht auch L. 15. de teſtib. Nach einigen Erklärern hat Vlpian geglaubt, man könne von der Untüchtigkeit zum gerichtlichen Zeugnis auf die zum Te-

ſtaments-

ſtaments = Zeugnis nicht ſchlieſſen. Jauch de negat. p. 176.

§. 191. Von der Verordnung des L. Iul. de adult. und von dem, was wegen der Paſquillen veſtgeſetzt war, iſt ſchon oben geredet.

§. 192. Weil es ehemals Freygelaſſene gab, die Latini Iuliani hieſſen, welche zwar nicht ſchlechthin, jedoch bedingt die Paßiv = Teſtamentifaction hatten; Vlp. Tit. 17. §. 1. Tit. 22. §. 2. ſo konnten dieſe allenfalls Zeugen bey einem Teſtamente abgeben. Vlp. Tit. 20. §. 8. Latinus Iunianus et familiae emtor et teſtis et libripens fieri poteſt, quoniam cum eo teſtamenti factio eſt.

§. 193. Wer mit dem Erblaſſer oder dem Erben in einer ficta vnitate perſonae ſtand, konnte zum Teſtament als Zeuge nicht zugelaſſen werden. Daher der Erbe ſelbſt nicht Zeuge bey dem Teſtamente ſeyn durfte, darin er ernannt war, und auch derjenige nicht zeugen konnte, welcher unter der Gewalt des Erblaſſers oder des Erben ſtand, oder über den erſtern eine Gewalt übte, oder mit demſelben unter gemeinſchaftlicher Gewalt ſtand, oder mit dem letztern ſich zugleich in einerley våterlicher Gewalt eines gemeinſchaftichen Aſcendenten beſtand, oder über demſelben die våterliche Gewalt hatte. Otto Quod frater in teſtam. fratr. teſt. eſſe queat. §. 9. I. de teſtam. ordin. In teſtibus autem non debet eſſe is, qui in poteſtate teſtatoris eſt. Sed ſi filius familias de caſtrenſi peculio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater ejus recte adhibetur teſtis, nec is, qui in poteſtate ejusdem patris eſt; Reprobatum eſt enim in ea re domeſticum teſtimonium. §. 10. eod. Sed neque heres ſcriptus, neque is, qui in ejus poteſtate eſt, neque pa-

ter ejus, qui eum habet in poteſtate, neque fratres, qui in ejusdem patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi poſſunt, quia hoc totum negotium, quod agitur teſtamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter teſtatorem et heredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerit, et veteres quidem familiae emtorem, et eos, qui per poteſtatem ei conjuncti fuerant, concedebant teſtimonia in teſtamentis praeſtare: licet ii, qui id permittebunt, hoc jure minime abuti eos debere ſuadebant: tamen nos, eamdem obſervationem corrigentes, et quod ab iis ſuaſum eſt, in legis neceſſitatem transferentes, ad imitationem priſtini familiae emtoris, merito nec heredi, qui imaginem vetuſtiſſimi familiae emtoris obtinet, neque aliis perſonis, quae (vt dictum eſt) conjunctae ſunt, licentiam concedimus ſibi quodammodo teſtimonia praeſtare. Ideoque nec ejusmodi veteres conſtitutiones noſtro Codici inferi permiſimus. L. 20. §. 3. ff. Qui teſtam. fac. poſſ. Quae autem in teſtamento diximus ſuper perhibendis teſtimoniis eorum, qui in poteſtate ſunt: in omnibus teſtimoniis accipias, vbi aliquid negotii geritur, per quod acquiratur. Vlp. Fragm. Tit. 20. §. 3. Qui in poteſtate teſtatoris eſt, aut familiae emtoris, aut libripens, adhiberi non poteſt: quoniam familiae mancipatio inter teſtatorem et familiae emtorem fit: et ob id domeſtici teſtes adhibendi non ſunt. §. 4. Filio familiae emente, pater ejus teſtis eſſe non poteſt. §. 5. Ex duobus fratribus, qui in eadem patris poteſtate ſunt, alter familiae emtor, alter teſtis eſſe non poteſt, quoniam quod vnus ex his mancipium accipit, acquirit patri, cujus filius ſuus teſtis eſſe non debet. Daß §. 9. ein Soldat erwähnt wird, der nach geendigtem Dienſte ein Teſtament macht, kommt daher, weil, wenn er im Dienſt, und zwar im Felde ein Teſtament macht, er keine Feyerlichkeit nöthig hat. Macht er auſſer dem Felde ſein Teſtament, ſo iſt er zwar

in Anſehung der Teſtamentsfähigkeit als ein paterfamilias anzuſehen, aber er muß die äuſſern Feyerlichkeiten beobachten, und bleibt im Grunde unter der Gewalt ſeines Vaters, und in deſſen ficta vnitate perſonarum. Domeſticum teſtimonium iſt alſo hier dasjenige, wobey ficta vnitas vorkommt. Wenn dieſe nicht vorhanden, ſo ſchadet die Verwandtſchaft nicht. Es iſt alſo hier nicht, wie bey andern Zeugniſſen, wo domeſticum teſtimonium die nahe Verwandtſchaft überhaupt anzeigt, und Untüchtigkeit zum Zeugnis mit ſich bringt. In den ältern Zeiten war der Erbe zum Zeugnis unfähig, ſo lange der wahre Erbe allemal zugleich familiae emtor war. Nachdem aber ein anderer zu dieſem Geſchäfte genommen wurde, als der eigentliche Erbe, ſo war es erlaubt, den Erben ſelbſt zum Zeugen zu gebrauchen, nur nicht den Familiae emtor, man mochte den eigentlichen Erben wiſſen oder nicht. Im erſten Falle hielt man es jedoch für unanſtändig, wenn der Erbe ſelbſt zeugen wollte, ob es gleich nicht ungültig war. Nachdem die Ernennung per aes et libram aufgehört, war wieder der Erbe allemal untüchtig zum Zeugnis, weil er ſelbſt unmittelbar mit dem Erblaſſer in Verhältnis ſtand. Dies beſtätigt Iuſtinian §. 10. I. und hat deshalb die Verordnungen des Cod. Greg. und Hermogen., welche das Gegentheil enthielten, und ſich auf die Teſtamente per aes et libram bezogen, in ſeinem Codice weggelaſſen. So wie heredes inſtituti nicht Zeugen ſeyn können, ſo iſt es auch den Subſtitutis nicht erlaubt, Zeugen zu ſeyn. A. Faber Err. pragm. D. 66. E. 4. ingleichen Fideicommiſſarii vniverſalibus E. 5.

§. 194. Demjenigen, was in den Inſtitutionen von dem Vater desjenigen, der über ſein peculium caſtrenſe teſtirt, geſagt worden, widerſpricht Vlpian und Marcell. L. 20. §. 2. qui teſt. fac. poſſ. Per contrarium quaeri poteſt, an pater ejus, qui de caſtrenſi peculio poteſt

poteſt teſtari, adhiberi ab eo ad teſtamentum teſtis poſſit. Et Marcellus libro decimo Digeſtorum ſcribit, poſſe. Et frater ergo poterit. Dieſe Meynung kommt aber, weil Juſtinian in den Inſtitutionen ihr ausdrücklich zuwider iſt, nicht in Betracht.

§. 195. Wegen der über den Zeugen dem Erblaſſer zuſtehenden Gewalt konnte deshalb auch derjenige nicht Zeuge ſeyn, welchen der Erblaſſer aus der Kriegsgefangenſchaft losgekauft. Er übte gleichſam die Rechte eines Eigenthümers über ihn ſo lange, bis dieſer das Geld, ſo für ihn bezahlt war, wieder gab. L. 20. §. 1. Qui teſt. fac. poſſ. Poteſtatis autem verbum non ſolum ad liberos, qui ſunt in poteſtate, referendum eſt, verum etiam ad eum, quem redemit ab hoſtibus. Quamvis placeat, hunc ſervum non eſſe; ſed vinculo quodam teneri, donec pretium ſolvat.

§. 196. Uebrigens ſchadet die Verwandtſchaft des Zeugen mit dem Erblaſſer oder dem Erben in ſeinem Zeugnis nicht, ſo wie auch die unter den Zeugen unter ſich vorkommende ficta vnitas denſelben in der Zeugſchaft nicht hinderlich iſt. §. 8. I. de teſtam. ordin. Pater, nec non is, qui in poteſtate ejus eſt: item duo fratres, qui in ejusdem patris poteſtate ſunt, vtique teſtes in vno teſtamento fieri poſſunt, quia nihil nocet, ex vna domo plures teſtes alieno negotio adhiberi. Vlp. Fragm. Tit. 20. §. 6. Pater et qui in poteſtate ejus eſt conſtitutus, duo fratres, qui in in ejusdem patris poteſtate ſunt, teſtes vtrique, vel alter teſtis alter libripens fieri poſſunt, alio familiam emente, quoniam nihil nocet, ex vna domo plures teſtes alieno negotio adhiberi L. 22. pr. qui teſt. fac. poſſ. Ad teſtium numerum ſimul adhiberi poſſumus: vt: ego et pater; et plures, qui fuimus in ejusdem poteſtate.

§. 197.

§. 197. Legatarien und Fideicommiſſarien, weil bey ihnen die Ficta vnitas mit dem Erblaſſer wegfiel, inglei- chen der Vormund, der im Teſtamente geſetzt war, konn- ten aus gleichem Grunde Zeugen werden. §. 11. I. de te- ſtam. ordin. Legatariis autem et fideicommiſſariis, quia non juris ſucceſſores ſunt, et aliis perſonis eis conjun- ctis teſtimonium non denegamus: imo in quadam no- ſtra conſtitutione et hoc ſpecialiter eis conceſſimus. Et multo magis iis, qui in eorum poteſtate ſunt, vel qui eos habent in poteſtate, hujusmodi licentiam damus. L. 20. pr. qui teſtam. fac. poſſ. Qui teſtamento heres inſtituitur, in eodem teſtamento teſtis eſſe non poteſt. Quod in legatario, et in eo, qui tutor ſcriptus eſt, con- tra habetur. Hi enim teſtes poſſunt adhiberi, ſi aliud eos nihil impediat: vtpote ſi impubes, ſi in poteſtate teſtatoris ſit. Godofredus hat gelehrt, ehemals habe das SCtum Libonianum auch den Legatarien die Zeug- ſchaft bey dem Teſtamente verboten, und nach dem Ho- mann hat Scaevola erſt ein anderes angenommen. Es iſt aber beydes unerweislich. A Faber Dec. 66. Err. 3. meynt, wegen Nov. 1. c. 1. dürfte nun die Zuläßigkeit der Legatarien unter den Zeugen nicht weiter behauptet wer- den. Aber aus der Novelle folgt die Aufhebung der vo- rigen Grundſätze in dieſem Stücke nicht. Wenn nach der Nov. 1. Legatarien gleich juris ſucceſſores werden kön- nen, ſo ſind ſie doch nach dem Teſtamente nicht, wie heredes inſtituti, ſubſtituti und fideicommiſſarii. Otto Comm. ad Inſt. p. 249. Die Conſtitution, deren Ju- ſtinian §. 11. I. erwähnt, iſt verlohren gegangen. Ju- ſtinian hat den Legatarien durch ſolche Conſtitution nicht erſt die Fähigkeit zur Zeugſchaft gegeben, da ſolche ſchon immer vorhanden war.

§. 198. A. Faber Err. pragm. D. 66. E. 1. ſchränkt die Zuläßigkeit der Legatarien zum Zeugnis auf das ge-

ſchrie-

ſchriebene Teſtament ein. Bey dieſem wuſten die Zeugen ohnedem nichts vom Inhalt, und waren alſo auch Legatarien unverdächtig. Aus §. vlt. I. de teſtam. ordin. erhelle, daß, was §. 11. ſteht, nur vom geſchriebenen Teſtamente zu verſtehen ſey. Der Grund, welcher angegeben, weil die Legatarien nicht juris ſucceſſores ſeyen, ſey nicht der rechte Grund. Weil aber gegen die Richtigkeit des geſetzlichen Grundes A. Faber nichts Erhebliches ſagen können, und das, was unmittelbar von geſchriebenen Teſtamenten geſagt iſt, nach dieſem Grunde der Geſetze auch auf mündliche Teſtamente ausgedehnt werden kann und muß; ſo iſt A. Fabers Meynung zu verwerfen. Charond. Veriſimil. Otto Theſ. Tom. 1. p. 756. läßt die Legatarien auch bey mündlichen Teſtamenten zum Zeugnis. Forner Selectior. Otto Theſ. Tom. 2. p. 60. ſchränkt das Zeugnis der Legatarien blos auf ſchriftliche Teſtamente ein.

§. 199. Bey einem Teſtamento per aes et libram konnte der Erbe zwar Zeuge ſeyn. Zu Vlpians Zeiten waren aber die prätoriſchen Teſtamente mehr üblich, als jene alten. Bey dem prätoriſchen und den nach Vlpians Zeiten eingeführten neuern Teſtamenten war des Erben Zeugnis unzuläßig. Vlpian redet von Teſtamenten allgemein, iſt aber von der zu ſeiner Zeit gewöhnlichen Art derſelben allein zu verſtehen. l. c. E. 2.

§. 200. Bynkersh. Obſ. L. 8. c. 24. verwirft mit Recht den Unterſchied, ob der, ſo im Teſtamente bedacht iſt, darum weiß oder nicht, wenn von der Gültigkeit ſeines Zeugniſſes die Rede iſt. Denn die Geſetze ſagen von dieſem Unterſchiede nichts.

§. 201. Derjenige, welcher zum Niederſchreiben und Aufſetzen beym Teſtamente gebraucht worden, kann eben-

ebenfalls dabey Zeuge ſeyn, da ihm keine ficta vnitas entgegen iſt. L. 27. qui teſtam. fac. poſſ. Domitius Labeo Celſo ſuo ſalutem. Quaero an teſtium numero habendus ſit is, qui cum rogatus eſt ad teſtamentum ſcribendum, idem quoque, cum tabulas ſcripſiſſet, ſignaverit. Iubentius Celſus Labeoni ſuo ſalutem. Aut non intelligo, quid ſit, de quo me conſulueris: aut valde ſtulta eſt conſultatio tua. Plus enim, quam ridiculum, eſt, dubitare, an aliquis jure teſtis adhibitus ſit, quoniam idem et tabulas teſtamenti ſcripſerit. de Ruyven ad L. 27. qui teſtam. fac. poſſ. Daß aus dieſem Geſetze die Benennung der Quaeſtionis Domitianae entſtanden, iſt bekannt.

§. 202. Wenn mit den Zeugen nach gemachtem Teſtamente eine Aenderung vorgegangen, welche ihnen von Anfange in der Zeugſchaft hinderlich geweſen wäre, ſo ſchadet dieſes der Gültigkeit des Teſtaments nicht. Die Regel von dem, was in der Folge in Umſtände geräth, unter welchen es keinen Anfang hätte nehmen können, iſt alſo hier nicht anzuwenden. L. 22. §. 1. Qui teſt. fac. poſſ. Conditionem teſtium tunc inſpicere debemus cum ſignarent, non mortis tempore. Si igitur tunc, cum ſignarent, tales fuerint, vt adhiberi poſſint: nihil nocet, ſi quid poſtea eis contigerit. L. 1. C. de teſtam. Teſtes, ſervi aut liberi fuerint, non in hac cauſa tractari oportet, cum eo tempore, quo teſtamentum ſignabatur, omnium conſenſu liberorum loco habiti ſint, nec quisquam eis vsque adhuc ſtatus controverſiam moverit.

§. 203. Hieraus ergiebt ſich, daß auch der Tod, welcher einen oder andern Zeugen nach gemachtem Teſtamente vor dem Erblaſſer hinwegrafft, der Gültigkeit des Teſtaments nicht ſchadet, welches ſonſt von einigen behauptet werden will. Glück de teſtam. privat. ſolenn. a teſtat.

ſtat. conditi probat. Hoefler Pr. de diſcrim. int. teſtam. ſolennit. et probat. Man ſehe A. Faber Err. pragm. D. 67. E. 3.

§. 204. Die leztere Stelle konnte auch von ſolchen verſtanden werden, die man nur bona fide für ſolche gehalten, welchen keine Unfähigkeit zum Zeugnis entgegen ſteht. Daß auch dieſe Zeugen ſeyn können, wenn ſie gleich verborgene und unbekannte Unfähigkeiten ſchon vom Anfange gehabt, iſt gewiß. §. 7. I. de teſtam. ordin. Sed quum aliquis ex teſtibus teſtamenti quidem faciendi tempore liber exiſtimabatur, poſtea autem ſervus apparuit tam divus Hadrianus Catoni, quam poſtea Divi Severus et Antoninus, reſcripſerunt, ſubvenire ſe ex ſua liberalitate teſtamento, vt ſic habeatur firmum, ac ſi, vt oportebat, factum eſſet: quam eo tempore, quo teſtamentum ſignaretur, omnium conſenſu hic teſtis liberi loco fuerit, nec quisquam eſſet, qui ſtatus ei quaeſtionem moveret. Die Conſtitutio Hadriani iſt L. 1. C. de teſtam., woraus erſichtlich, daß Juſtinian dieſelbe von verborgenen ſchon zu Anfange vorhandenen geweſenen Unfähigkeiten verſtanden habe. Die Conſtitutio Severi und Antonini iſt nicht vorhanden.

Dritte Section.

Die dem mündlichen Teſtamente eigen ſind.

§. 205. Die Zeugen müſſen bey einem mündlichen Teſtamente die Sprache des Erblaſſers verſtehen. §. 206. Uebrige Form des mündlichen Teſtaments.

§. 205.

Dies ſind die allen Teſtamenten gemeinen Feyerlichkeiten. Die übrigen Erforderniſſe ſind einem derſelben, nemlich dem geſchriebenen, oder dem mündlichen, eigen.

Bey

Bey einem mündlichen Teſtamente iſt beſonders zu merken, daß die Zeugen die Sprache des Teſtirers verſtehen müſſen. Dies iſt jedoch mehr ein Subſtantiale, als eine Feyerlichkeit des mündlichen Teſtaments, muſte aber der Ordnung der Gedanken wegen, hier erwähnt werden. Dagegen iſt nicht nöthig, daß ſie bey einem geſchriebenen letzten Willen, die Sprache verſtehen, worin er abgefaßt iſt. L. 20. §. 9. qui teſtam. fac. poſſ. Non tamen intelligentiam ſermonis exigimus. Hoc enim divus Marcus Didio Juliano in teſte, qui latine non noverat, reſcripſit. Nam ſi vel ſenſu percipiat quis, cui rei adhibitus ſit: ſufficere. Paul Sent. L. 3. tit. 4. a. de teſtam. §. 13. Ex his, qui ad teſtamentum adhibentur, ſi qui ſint, qui latine neſciant, vel non intelligant, ſed tamen ſentiunt, cui rei interſint, adhibiti non vitiant teſtamentum.. Die Teſtamente wurden alle lateiniſch aufgeſetzt. Darauf beziehen ſich dieſe beyden Stellen.

§. 206. Wie übrigens ein mündliches Teſtament beſchaffen ſeyn ſoll, lehrt §. 14. I. de teſtam. ordin. Sed haec quidem de teſtamentis, quae ſcriptis conficiuntur, ſufficiunt. Si quis autem ſine ſcriptis voluerit ordinare jure civili teſtamentum, ſeptem teſtibus adhibitis, et ſua voluntate coram eis nuncupata, ſciat, hoc perfectiſſimum teſtamentum jure civili, firmumque conſtitutum. L. 21. pr. qui teſt. fac. poſſ. Heredes palam, ita vt exaudiri poſſint, nuncupandi ſunt. Licebit ergo teſtanti vel nuncupare heredes, vel ſcribere. Sed ſi nuncupat, palam debet. Quid eſt palam? Non vtique in publicum: ſed vt exaudiri poſſit. Exaudiri autem non ab omnibus, ſed a teſtibus. Et ſi plures fuerint teſtes adhibiti, ſufficit ſolennem numerum exaudire. L. 21. §. 2. C. de teſtam. Per nuncupationem quoque, hoc eſt, ſine ſcriptura, teſtamenta non alias valere ſancimus, quam ſi ſeptem teſtes (vt ſupra dictum eſt) ſimul vno eodem-

eodemque tempore collecti teſtatoris voluntatem, vt teſtamentum ſine ſcriptura facientis audierint. L. 26. eod. In teſtamentis ſine ſcriptis faciendis, omnem formalem obſervationem penitus amputamus: vt poſtquam ſeptem teſtes convenerint, ſatis ſit, voluntatem teſtatoris vel teſtatricis ſimul omnibus manifeſtam ſignificantis, ad quos ſubſtantiam ſuam pervenire velit, vel quibus legata dare, vel fideicommiſſa, vel libertates diſponere: etiam ſi non ante hujusmodi diſpoſitionem praedixerit teſtator vel teſtatrix illa formalia verba: Ideo eosdem teſtes conveniſſe, quod ſine ſcriptis ſuam voluntatem vel teſtamentum componere cenſuit. L. 21. pr. ff. iſt dies Erforderniß, daß die Zeugen den Namen des Erben hören, ſo zu verſtehen, daß eine Hinweiſung auf den Namen des Erben durch eine Umſchreibung nicht ausgeſchloſſen werde, weil es teſtamenta myſtica giebt. Das Ende des L. 26. C. lehrt, daß vor dieſer Stelle die am Ende erwähnte Formel bey mündlichen Teſtamenten erforderlich war, welches Juſtinian abgeſchafft hat. L. 21. §. 2. C. lautet beym Cod. Theod. Nov. Theod. 9. folgendergeſtalt: Per nuncupationem quoque, hoc eſt, ſine ſcriptura, teſtamenta non alias valere ſancimus, niſi ſeptem teſtes, vt ſupra dictum eſt, ſimul vno eodemque tempore collecti, teſtatoris voluntatem, aut teſtamentum ſine ſcriptura facientis audierint, non vt ſuum, quod adſolet fieri, narrantis arbitrium, hoc eſt, vt manifeſte teſtari ſe ſub iisdem teſtibus ſine ſcriptura eo ipſo tempore dicat, non futurum ſuae voluntatis promittat arbitrium. Man ſieht aus allen Stellen, daß auſſer den gemeinen Feyerlichkeiten die mündlichen Teſtamente gar keine beſondere haben, ſondern übrigens dieſelben nur das erfordern, was die Natur der Sache an Hand giebt.

Vierte

Vierte Section.

Die dem geſchriebenen Teſtamente eigen ſind.

§. 207. Ehemals muſte der Erblaſſer wenigſtens den Namen des Erben ſelbſt ſchreiben, oder ihn ausſprechen, da denn im letztern Fall die Zeugen ihn mit bey der Unterſchrift bemerken muſten. §. 208. Juſtinians Aenderung. §. 209. Unterſchrift des Erblaſſers. §. 210. Der Zeugen. §. 211. Unterſieglung der Zeugen. §. 212. Auch mit fremdem Petſchaft. §. 213. Ob ein Siegelring nöthig. §. 214. Die Siegel können auf den Umſchlag des Teſtaments geſetzt werden. §. 215. Beſonderes Geſetz wegen der Form geſchriebener Teſtamente. Achter Zeuge, wenn der Erblaſſer nicht ſchreiben kann. Vortrag eines Teſtaments, das lange vorher ſchon aufgeſetzt iſt. Unterſchrift des Erblaſſers in Gegenwart der Zeugen. §. 216. Original der Verordnung. §. 217. Das Datum iſt bey Teſtamenten nicht nothwendig. §. 218. Auslöſchen und Zwiſchenſchreiben ſchadet nicht. §. 219. Die Materie, worauf zu ſchreiben, iſt unbeſtimmt.

§. 207.

Zu einem geſchriebenen Teſtamente wird nicht erfordert, daß der Erblaſſer es ſelbſt geſchrieben habe; es iſt erlaubt ſich dazu auch einer andern Hand zu bedienen. Nyſingh de variis teſtam. ſcripti ſolennib. Stockmann de jure teſtam. not. perſcript. Nur ſoll nach Juſtinians ehemaliger Verordnung der Name des Erben vom Erblaſſer eigenhändig beygefügt, oder von den unterſchriebenen Zeugen beſonders erwähnt werden, welchen der Erblaſſer ſolchen zu dem Ende bekannt gemacht hat. L. 4. I. de teſtam. ordin. Sed his omnibus a noſtra conſtitutione, propter teſtamentorum ſinceritatem, vt nulla fraus adhibeatur, hoc additum eſt, vt per manus teſtatoris vel teſtium, nomen heredis exprimatur, et omnia ſecun-

 dum

dum illius conſtitutionis tenorem procedant. L. 29. C. de teſtam. Iubemus omnino teſtatorem, ſi vires habeat ad ſcribendum, nomen heredis vel heredum in ſua ſubſcriptione vel in quacunque parte teſtamenti ponere: vt ſit manifeſtum, ſecundum illius voluntatem hereditatem eſſe transmiſſam. Sin autem forſitan ex morbi acerbitate, vel litterarum imperitia hoc facere minime potuerit: teſtibus teſtamenti praeſentibus nomen vel nomina heredis vel heredum ab eo nuncupari, vt omnimodo ſciant heredes: et ita certo heredis nomine ſucceſſio procedat. Si enim talis eſt teſtator, qui neque ſcribere, neque articulate loqui poteſt: mortuo ſimilis eſt, et falſitas in elogiis committitur. Quam, vt exul fiat ex republica noſtra, maxime in teſtamentorum confectione, cupientes, hanc edictalem legem in orbem terrarum ponimus. Quod ſi non fuerit obſervatum, et nomen heredis vel heredum non fuerit manu teſtatoris ſcriptum, vel voce coram teſtibus nuncupatum: hoc teſtamentum ſtare minime patimur vel in totum, ſi tota heredum nomina fuerint praetermiſſa: vel in ejus heredis inſtitutionem, cujus nomen neque lingua, neque manus teſtatoris ſignificavit. Sed ne aliqua forſitan oblivio teſtium animis incumbat, pluribus interdum nominibus heredum expreſſis: ipſi teſtes in ſuis ſubſcriptionibus (cum teſtator haec non ſcripſerit, ſed nuncupaverit) eorum nomina ſubſcribere non differant ad aeternam rei momoriam. Sin vero ipſe teſtator in qualicunque parte teſtamenti nomina heredum (ſicut dictum eſt) ſcripſerit: ſupervacuum eſt, poſtea teſtes in ſua ſubſcriptione haec exprimere. Cum forſitan nec eos ſcire teſtator ſuos heredes voluerit, et ſemel cauſa ex ipſius teſtatoris ſcriptura appareat. Oportet enim omnimodo vel ex litteris teſtatoris, vel ex voce quidem teſtatoris, litteris autem teſtium, qui ad elogium conficiendum fuerint convocati nomina manifeſtari heredum. Quemadmo-

admodum enim in elogio, quod ſine ſcriptura conficitur, neceſſe eſt, teſtatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum: ita et in teſtamentis per ſcripturam conficiendis, cum ipſe teſtator manu ſua ſcribere heredes vel noluerit, vel minime potuerit, voce tamen ejus eos manifeſtari oporrtet. Quae in poſterum tantummodo obſervari cenſemus: vt quae teſtamenta poſt hanc novellam noſtri numinis legem conficiuntur, haec cum tali obſervatione procedunt. Quid enim antiquitas peccavit, quae praeſentis legis inſcia, priſtinam ſecuta eſt obſervationem? Scituris et tabellionibus, et his, qui conficienda teſtamenta procurant, quodſi aliter facere auſi fuerint, poenam falſitatis non evitabunt, quaſi doloſe in tam neceſſaria cauſa verſati.

§. 208. Juſtinian hat aber dieſe Verordnung ſelbſt wieder geändert; ſo daß nach dem neueſten Rechte auch der Name des Erben mit fremder Hand geſchrieben ſeyn kann, und es dennoch nicht nöthig iſt, ihn den Zeugen bekannt zu machen, damit er von dieſen bey der Unterſchrift mit bemerkt werde. Nov. 119. c. 9. Quia vero ante hanc legem protulimus, vt teſtator aut manu propria, aut per teſtes nomina heredum ſcribat in teſtamento: agnovimus autem, ex hujusmodi ſubtilitate plurima teſtamenta deſtructa, teſtatoribus non valentibus hujusmodi cuſtodire ſubtilitatem, aut forſitan nolentibus ſcire aliquos ſuam voluntatem: jubemus licentiam quidem eſſe volentibus hoc ſervare in propriis teſtamentis. Si enim hoc non obſervant, ſed ſecundum priſcam conſuetudinem teſtentur, etiam ſic firmum teſtamentum eſſe ſancimus: ſive per ſe aliquis, ſive per alterius perſonam nomen heredis inſcripſerit: ſi omnino reliquam legitimam obſervationem in teſtamento teſtatoris obſervaverit. Avthent. Et non obſervato C. de teſtam. Et

 non

non obſervato eo, ſubvenitur teſtamentis, ſive per ſe, ſive per alium quis inſcribat nomen heredis.

§. 209. Wenn der Erblaſſer das Teſtament ſelbſt geſchrieben hat, ſo iſt ſeine Unterſchrift nicht nöthig. Behr, Link, Dolhofen, Wildvogel de teſtam. hologr. Hat es aber ein anderer geſchrieben, ſo muß der Erblaſſer ſeine eigenhändige Namensunterſchrift in Gegenwart der Zeugen hinzuthun. L. 28. §. 1. C. de teſtam. Cum autem conſtitutione, quae de teſtamentis ordinandis proceſſit, cavetur, quatenus ſeptem teſtium praeſentia in teſtamentis requiratur, et ſubſcriptio a teſtatore fiat, vel ab aliquo pro eo, et conſtitutio ſic edixit: Octavo ſubſcriptore adhibito: et quidam teſtamentum ſuum omne manu propria conſcripſit, et poſt ejus litteras teſtes adhibiti ſuas ſubſcriptiones ſuppoſuerunt, aliaque omnia ſolenniter in teſtamento peracta ſunt, et teſtamentum ex hoc dubitabatur, an irritum factum eſſet: eamdem conſtitutionem corrigentes ſancimus, ſi quis ſua manu totum teſtamentum vel codicillum conſcripſerit, et hoc ſpecialiter in ſcriptura repoſuerit, quod haec ſua manu confecit: ſufficit ei totius teſtamenti ſcriptura, et non alia ſubſcriptio requiratur, neque ab eo, neque pro eo ab alio, ſed ſequantur hujusmodi ſcripturam et litterae teſtium, et omnis, quae exſpectatur, obſervatio: et ſic teſtamentum validum, et codicillus, ſi quinque teſtium litterae teſtatoris ſcripturae coadunentur, in ſua firmitate remaneant, et nemo callidus machinator hujusmodi iniquitatis in poſterum inveniatur. Der Anfang der Stelle bezieht ſich auf L. 21. pr. eod. davon bald hernach.

§. 210. Den Aufſatz des Teſtaments müſſen die 7 Zeugen, jeder mit eigner Hand, unterſchreiben. L. 30. Qui teſtam. fac. poſſ. Singulos teſtes, qui in teſtamento

to adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cujus teſtamentum ſignaverit. Auch auf der Einhüllung des Teſtaments kann die Unterſchrift geſchehen. Ludovici de involucro teſtam. Boehm. de teſtam. ſignati et a teſtib. in involucro ſubſcript. vi et auctorit. (§. 214.)

§. 211. Auſſer der Unterſchrift hat der Zeuge das Teſtament zu unterſiegeln. Beydes iſt gleich nothwendig. L. 22. §. 4. Qui teſtam. fac. poſſ. Si quis ex teſtibus nomen ſuum non adſcripſerit, verum tamen ſignaverit: pro eo eſt, atque ſi adhibitus non eſſet. Et ſi (vt multi faciunt) adſcripſerit ſe, non tamen ſignaverit: adhuc idem dicimus.

§. 212. Es thut nichts, wenn das Petſchaft dem Zeugen auch nicht gehört. Er kann eines andern, auch ſelbſt des Erblaſſers Petſchaft gebrauchen. §. 5. I. de teſtam. ordin. Poſſunt autem omnes teſtes et vno annulo ſignare teſtamentum. Quid enim, ſi ſeptem annuli vna ſculptura fuerint, ſecundum quod Papiniano viſum eſt? Sed et alieno quoque annulo licet ſignare teſtamentum. L. 22. §. 2. Qui teſt. fac. poſſ. Si ab ipſo teſtatore annulum accepero, et ſignavero: teſtamentum valet, quaſi alieno ſignaverim.

§. 213. Daß das Petſchaft eben ein Siegelring ſey, iſt, wie es ſcheint, bey den Römern nöthig geweſen. L. 22. §. 5. Qui teſt. fac. poſſ. Signum autem vtrum annulo tantum impreſſum adhibemus: an vero et ſi non annulo, verum alio quodam impreſſo? Varie enim homines ſignant. Et magis eſt, vt tantum annulo quis poſſit ſignare; dum tamen χαρακτῆρα, id eſt, formam inſculptamque ſigni imaginem. Bey dieſer Stelle iſt ſtreitig, ob bey vt tantum annulo, ein non einzuſchieben

ſey. Baro, Hotom., Weſenb., Donell. und andere meynen es. cf. Lyklam Membr. 2. E. 3. Andere halten es nicht für nöthig, und bleiben bey der nothwendigen Erfodernis eines Rings, wie Charondas Veriſimil. Otto Theſ. Tom. 1. p. 754. Otto Comm. ad Inſt. p. 245. Das Ende paßt, nach anderer Juriſten Meynung, nicht gut zum Zuſammenhange, wenn man das non nicht einſchiebt. Der Streit iſt unerheblich. Heutiges Tages ſind die Siegelringe nicht mehr gewöhnlich.

§. 214. Die Siegel können auch auf den Umſchlag des Teſtaments geſetzt werden. L. 22. §. 7. Qui teſt. fac. poſſ. Signatas tabulas accipi oportet, et ſi linteo, quo tabulae involutae ſunt, ſigna impreſſa fuerint.

§ 215. Eine weitläufige Vorſchrift, die geſchriebenen Teſtamente betreffend, enthält L. 21. pr. C. de teſtam. Hac conſultiſſima lege ſancimus, licere per ſcripturam conficientibus teſtamentum, ſi nullum ſcire volunt ea, quae in eo ſcripta ſunt, conſignatam vel ligatam, vel tantum clauſam involutamque proferre ſcripturam vel ipſius teſtatoris vel cujuslibet alterius manu conſcriptam, eamque rogatis teſtibus ſeptem numero, civibus Romanis, puberibus, omnibus ſimul offerre ſignandam et ſubſcribendam: dum tamen teſtibus praeſentibus teſtator ſuum eſſe teſtamentum dixerit, quod offertur, eique ipſe coram teſtibus ſua manu in reliqua parte teſtamenti ſubſcripſerit: quo facto et teſtibus vno eodemque die ac tempore ſubſcribentibus et conſignantibus, teſtamentum valere: nec ideo infirmari, quod teſtes neſciant, quae in eo ſcripta ſunt teſtamento. Quodſi litteras teſtator ignoret, vel ſubſcribere nequeat: octavo ſubſcriptore pro eo adhibito, eadem ſervari decernimus. In omnibus autem teſtamentis, quae praeſenti-

ſentibus vel abſentibus teſtibus dictantur, ſuperfluum eſt, vno eodemque tempore exigere teſtatorem et teſtes adhibere et dictare ſuum arbitrium, et finire teſtamentum. Sed licet alio tempore dictatum ſcriptumve proferatur teſtamentum: ſufficiet vno tempore eodemque die, nullo actu extraneo interveniente, teſtes omnes, videlicet ſimul, nec diverſis temporibus ſubſcribere ſignareque teſtamentum. Finem autem teſtamenti ſubſcriptiones et ſignacula teſtium eſſe decernimus. Non ſubſcriptum autem a teſtibus, ac non ſignatum teſtamentum, pro infecto haberi convenit. Wieſen de teſt. arcan. ad L. 21. C. de teſtam. Der Anfang dieſer Stelle giebt zu erkennen, daß die Unterſchrift der Zeugen ſelbſt auf dem Umſchlage des Teſtaments geſchehen könne, weil der Erblaſſer ſolches ſeinen Zeugen auch verſiegelt und zugemacht vorlegen kann. Wenn der Erblaſſer nicht ſchreiben kann, und doch ein geſchriebenes Teſtament machen will, ſoll der achte Zeuge, wie bey Blinden, gleichſam ſeine Stelle vertreten. Der Erblaſſer ſoll in Gegenwart der Zeugen unterſchreiben, wenn ſeine Unterſchrift nöthig iſt. In omnibus autem heiſt: wenn Teſtamente aufgeſetzt werden, als wozu Zeugen gebraucht werden können, oder nicht, weil das Aufſetzen von dem actu teſtandi noch unterſchieden iſt, ſo ſoll nicht nöthig ſeyn, daß die Teſtaments-Handlung mit förmlicher Zuziehung der Zeugen ſogleich hinzukomme. Es können Jahre hingehen, ehe ein aufgeſetztes Teſtament zur würklichen Solenniſirung deſſelben den Zeugen vorgetragen wird. Von da an aber, da ſolches geſchieht, bis zur Unterſchrift der Zeugen, muß alles ohne Unterbrechung fortgehen, weil dies eigentlich die Teſtaments-Handlung iſt.

§. 216. Dieſe Stelle iſt aus der Conſtitution, welche beym Ritteriſchen Cod. Theod. unter den Theo-

doſianiſchen die 9te, verändert abgeſchrieben, und lautet im Original folgendergeſtalt: Ita prodeſt gentes barbaras noſtri numinis imperio mancipari, ita noſtrae victoriae videbuntur obedientibus fructuoſae, ſi pacis commoda legum regulis componantur. Ideo divinis ſenſibus die noctuque res humani generis pertractantes, gratum duximus, deficientium quoque voluntatibus ſubvenire, vt pro ſuo quisque teſtetur arbitrio: vt in poteſtate ſua ſuam habeat voluntatem: vt invitus nemo nec taceat, nec loquatur. Illud eſt quippe proprie teſtamentum, quod teſtantis meram obtinet voluntatem. Natura talis eſt hominum, vt quosdam diligant, alios timeant, quibusdam ſint officioſae gratiae debitores, alios ſuſpicentur, quorumdam fidem intelligant eligendam, aliis nihil credendum exſtiment, nec tamen audeant de ſingulis, quae ſentiunt, confiteri. Ideo veteres teſtamenta ſcripta teſtibus offerebant, oblatarumque eis tabularum perhibere teſtimonium poſtulabant. Sed dum juris antiqui cautelam paulatim mutat poſteritatis imperita praeſumtio, et teſtes exigunt omnino, quae teſtamento continentur, agnoſcere, eo res proceſſit, vt dum ſua quisque nonnunquam judicia publicare formidat, dum teſtibus teſtamenti ſua non audet ſecreta committere, ne ſuis facultatibus inhiantes offendat, inteſtatus mori, quam ſuae mentis arcana periculoſe patiatur exprimere. Hac itaque conſultiſſima lege ſancimus, licere per ſcripturam conficientibus teſtamentum, ſi nullum ſcire volent, quae in eo conſcripta ſunt, ſignatam vel ligatam, vel tantum clauſam involutamque proferre ſcripturam, vel ipſius teſtatoris, vel cujuslibet alterius manu conſcriptam, eamque rogatis teſtibus ſeptem numero civibus Romanis puberibus omnibus, ſimul offerre ſignandam et ſubſcribendam; dum tamen teſtibus praeſentibus teſtator ſuum eſſe teſtamentum dixerit, quod offertur, eique ipſe coram teſtibus

ſua

ſua manu in reliqua parte teſtamenti ſubſcripſerit. Quo facto et teſtibus vno eodemque die ac tempore ſubſcribentibus et ſignantibus valere teſtamentum: nec ideo infirmari quod teſtes neſciant, quae in eo ſcripta ſunt teſtamento. Quodſi litteras teſtator ignoret, vel ſubſcribere nequeat, octavo ſubſcriptore pro eo adhibito, eadem ſervari decernimus. In omnibus autem teſtamentis, quae vel abſentibus vel praeſentibus teſtibus dictantur, ſuperfluum eſt, vno eodemque tempore, exigere teſtatorem et teſtes adhibere, et dictare ſuum arbitrium, et finire teſtamentum. Sed licet alio tempore dictatum ſcriptumve proferatur teſtamentum, ſufficiet, vno eodemque die, nullo actu interveniente, teſtes omnes videlicet, ſimul, nec diverſis temporibus, ſubſcribere, ſignareve teſtamentum. Finem autem teſtamenti, ſubſcriptiones et ſignacula teſtium eſſe decernimus. Non ſubſcriptum namque a teſtibus atque ſignatum teſtamentum pro imperfecto habere convenit. Mera voluntas iſt ſo viel, als: vera, ſincera voluntas. Sed dum juris antiqui etc. Man hatte angefangen zu erfodern, daß die Zeugen den Inhalt des geſchriebenen Teſtaments, die darin geſchehene Erbeinſetzung, wiſſen müſten.

§. 217. Die Beyfügung eines Datums iſt bey Teſtamenten nicht nöthig. Modeſt. Regul. L. 3. de bon. libert. et de teſtam. Bey Schulting Iuriſpr. Antejuſt. p. 801. Cum in teſtamento dies et conſules adjecti non ſunt, non nocet, quo minus valeat teſtamentum.

§. 218. Wenn auch etwas ausgelöſcht, und zwiſchen den Zeilen eingeſchaltet iſt, ſo ſchadet dieſe Correctur der Gültigkeit des Teſtaments nicht. L. 12. C. de teſtam. Si vnus de ſeptem teſtibus defuerit, vel coram teſtatore omnes eodem loco teſtes ſuo vel alieno annulo

non

non ſignaverint: jure deficit teſtamentum. De his autem, quae interlita ſive ſupra ſcripta dicis, non ad juris ſolennitatem, ſed ad fidei pertinent quaeſtionem: vt appareat, vtrum teſtatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconſulte deleta ſint, an ab aliquo falſo haec fuerint commiſſa.

§. 219. Es iſt nicht beſtimmt, ob Pergament oder eine andere Materie gebraucht werden ſoll, um das Teſtament darauf zu ſchreiben. Daher jede Materie gleich gut iſt, worauf daſſelbe deutlich und verſtändlich aufgetragen worden. §. 12. I. de teſtam. ordin. Nihil autem intereſt, teſtamentum in tabulis an chartis membranisve, vel in alia materia fiat.

Fünfte Section.

Anmerkung von den Feyerlichkeiten überhaupt.

§. 220. Die Feyerlichkeiten ſind zu beobachten, wenn auch der Landesfürſt zu Erben ernannt wird.

§. 220.

Die vorgeſchriebenen Feyerlichkeiten der Teſtamente ſind auch alsdenn nöthig, wenn der Landesfürſt ſelbſt zu Erben ernannt iſt. L. 7. C. Qui teſtam. fac. poſſ. Cum heredes inſtituuntur Imperator ſeu Auguſta: jus commune cum caeteris habeant. Quod et in codicillis et fideicommiſſariis epiſtolis jure ſcriptis obſervandum erit. Et ſicuti priſcis legibus cautum eſt, imperatori quoque et Auguſtae teſtamentum facere liceat, et mutare. Unter Codicillis jure ſcriptis verſteht A. Faber Err. pragm. D. 38. E. 3. codicillos ſcriptos teſtamento confirmatos, weil zu einem Teſtamente zu Gunſten des Landesfürſten ein

ein ſchriftlicher Aufſatz gehöre, und hier auch von Legatis die Rede ſey. Der erſtere Theil des Grundes iſt aber nur bey Widerrufung der Teſtamente wahr, welche zu Gunſten des Fiſcus geſchieht.

Zweyter Abſchnitt.

Aeuſſere Form der öffentlichen Teſtamente.

§. 221. Verordnung vom öffentlichen Teſtamente. §. 222. Original derſelben.

§. 221.

So viel von den äuſſern Feyerlichkeiten der Privatteſtamente. Von dieſen ſind die öffentlichen Teſtamente, welche dem Landesfürſten, oder der Gerichtsobrigkeit übergeben werden, in Anſehung der äuſſern Form ganz unterſchieden. Die innere Form der öffentlichen Teſtamente kommt mit den innerlichen Erforderniſſen der Privatverordnungen letzter Willen vollkommen überein. Die äuſſere Form beſteht hier blos darin, daß dem Kaiſerlichen geheimen Rath, oder der Obrigkeit, welche dazu berechtiget iſt, das Teſtament übergeben, deſſen Aufbewahrung und Befolgung gebeten, ſolches bey dem Archiv des geheimen Raths oder der Obrigkeit niedergelegt, und dort bis zur Eröfnung behalten werde. Walch de teſtam. principi oblat. Senkenb. de teſtam. publ. orig. Balſer de forma teſtam. judicial. Krauſe de teſtam. controv. praeſert. publ., Heumann Exercitat. jur. vniverſ. Bauer de not. teſtam. judicial. Madihn de validit. teſtam. non rite oblat. Conradi de teſtam. publ. Grupen de forma teſtam. judicial. Harppr. Lauterb. de teſtam. judicial. Menken de teſtam. jud. extra loc. jud. condito. Richter de teſtam. a jud. incomp. in territ. alien.

cond.

cond. inval. Streit de teſtam. in diverſ. judic. inſin. Zehelein vtrum val. teſtam. judic. extra territ. ſuum oblat. Willenb. de inſinuat. teſtam. Gribner de teſtam. jud. incomp. oblat. Hommel de teſtam. judic. absque actuar. neque ableg. ſcabin. val. Schierſchmid de teſtam. coram ſolo jud. non confic. Wendenſchlegl de modo teſtandi ad acta judic. L. 19. C. de teſtam. Omnium teſtamentorum ſolennitatem ſuperare videtur, quod inſertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque perſonas etiam conſcientiam principis tenet. Sicut ergo ſecurus erit, qui actis cujuscunque judicis aut municipum, aut auribus privatorum mentis ſuae poſtremum publicavit judicium: Ita nec de ejus vmquam ſucceſſione tractabitur, qui nobis mediis et toto jure (quod in noſtris et ſcriniis conſtitutum) teſte ſuccedit. Nec ſane illud heredibus nocere permittimus, ſi reſcripta noſtra nihil de eadem voluntate reſponderint. Voluntates etenim hominum audire volumus, non jubere: ne poſt ſententiam noſtram inhibitum videatur commutationis arbitrium: cum hoc ipſum, quod per ſupplicationem noſtris auribus intimatur, ita demum firmum ſit, ſi vltimum comprobetur, nec contra judicium ſuum defunctus poſtea veniſſe detegatur. Ne quid ſane praetermiſiſſe credamur: hujusmodi inſtitutiones ſucceſſoribus deſignatis, omnia quae ſcriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec ſuper bonorum poſſeſſionis petitione vllam controverſiam naſci: cum pro herede agere cuncta ſufficiat, et jus omne ipſa complere aditio videatur. Omnibus etenim praeſtandum eſſe cenſemus, vt libero arbitrio cui teſtandi facultas ſuppetit, ſucceſſorem ſuum oblatis precibus poſſit declarare, et ſtabile ſcias eſſe, quid fecerit. Nec inſtitutus heres pertimeſcat, cum oblatas preces ſecundum voluntatem defuncti idoneis teſtibus poſſit approbare, ſi ei alia nocere non poſſunt. Statt aller äuſſern

Feyer-

Feyerlichkeiten ſoll die Handlung ſeyn, da man ſein Teſtament blos auf guten Glauben, ohne alle Umſtände, (mera fide) mit einer Vorſtellung dem Geheimen Rathe des Kaiſers übergiebt. Eben ſo ſoll es gültig ſeyn, wenn den Gerichtsobrigkeiten in den Hauptſtädten, oder in den Municipien die Teſtamente ohne andre äuſſere Form übergeben werden, welches eben ſo gut, als wenn man bey Privatteſtamenten Zeugen und andre äuſſere Form gebraucht. Nos medii et totum jus iſt der Kaiſer, und ſein Raths-Collegium und Archiv. Es iſt nicht nöthig, daß auf Uebergabe des Teſtaments bey dem Geheimen Rath ein Reſcript oder Decret erfolge, welches das Teſtament genehmige. Die bloſſe Aufnahme deſſelben iſt genug. Ita demum heiſt hier ſo viel, als jam ita, ſchon alsdenn. Wenn auf ſolche Art Erben ernannt ſind, (hujusmodi inſtitutionis ſucceſſoribus deſignatis) ſo ſollen dieſe alle Rechte anderer Erben haben, auch die bonorum poſſeſſionem, und die Annehmung der Erbſchaft ſoll von ihnen ohne alle Umſtände und Feyerlichkeiten geſchehen können. Idoneis teſtibus approbare heiſt durch die Perſonen des Raths- oder obrigkeitlichen Collegii erweiſen. Die obrigkeitlichen Teſtamente wurden in den Hauptſtädten dem Magiſtro Cenſus und deſſen Officio übergeben; in den Municipien geſchahe ſolches bey den Duumviris und Defenſoribus civitatis. Es ſind dies neuere Arten von Teſtamenten, welche die chriſtlichen Kaiſer erſt eingeführt haben. Die Verordnung unſers L. 19. C. betraf urſprünglich nur den Fall, wenn Ehegatten einander zu Erben ernennten, und deshalb gegen den L. Iul. und Papiam die Kaiſerl. Erlaubnis erhielten, ob ſie gleich keine gemeinſchaftlichen Kinder hatten. Im Juſtinianiſchen Kodex aber iſt ſie ſo aufgeführt, daß ſie allgemein ſey, und alſo einen ganz andern Sinn haben ſoll. Man ſehe davon Godofr. ad L. 6. C. Theod. de inoff. teſt.

§. 222.

§. 222. Die Verordnung unſers L. 19. C. iſt aus der Novella 4. Valentiniani und der Honorianiſchen zuſammen geſetzt. Valentinian erweiterte die Honorianiſche Verordnung auf alle Teſtirer, und gedenkt in ſeiner Novelle ebenfalls des der Obrigkeit übergebenen Teſtaments. Sie lautet ſo: Iam dudum quidem Divus Avunculus noſter teſtamentorum compendia generali lege complexus, formulam juris antiqui et inanem verborum conquiſitionem non neceſſariam judicavit, validiſſimam ſtatuens voluntatem, cum de noſtris altaribus conjuges petunt, vt decedenti prius ſuccedat ſuperſtes. Sed quoniam Leonius, vir ſpectabilis, munitus veteribus conſtitutis, noſtram ſupplex maluit exſpectare ſententiam: occaſionem novandae legis amplectimur, ſalubri definitione cenſentes, vt, ſive inter ſe conjugum, ſive, quorumcunque conſenſus, oblatis Serenitati noſtrae precibus optaverit, morte praeventi heredem ſuperſtitem fieri oportere perſonam, hoc ita ratum firmumque permaneat, vt nihil robuſtius aeſtimetur. Et in Auguſtam notitiam perveniſſe ſufficiat, etiamſi nullum praeceſſerit ex hac parte reſponſum. Nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus geſtis judicia ſuprema componere, procul dubio manebit firmior haec voluntas, quae teſtimonio principis et ſubſcriptione conditoris firmatur: ſi tamen nullum defuncti poſterius ejus exſtabit arbitrium. Leonius vero et Iucunda vxor ejus tanta viciſſim caritate certarunt, vt fuſis ſimul precibus jus poſcerent, liberorum, et propter incertum ſortis humanae ſuperſtitem conjugem precarentur heredem: licet ſuperfluo illud addentes, vt inteſtatae ſucceſſionis jus ac licentiam ſortirentur, cum hoc ipſum, quod ſerenitati noſtrae preces pariter obtulerunt, ſit teſtamenti ordo praecipuus. Praeterea ſicut ſupplicationi connexa monſtrant, quamvis in vnius chartae volumine

mine ſupremum votis paribus condidere judicium, ſeptem teſtium ſubſcriptionibus roboratum. Cui nos aeternam tribui firmitatem legis hujus definitione cenſuimus. Quoniam nec captatorium dici poteſt, cum duorum fuerit ſimilis affectus, et ſimplex religio teſtamenta condentium: cunctisque jam liceat quoquomodo, et quibuscunque verbis vltimum dictare judicium, ſicut eorum principum ſtatuta declarant, qui removere ſanctionibus ſuis meliore prudentia vetuſti juris ambages. Idcirco quia minutiis priſcae conſuetudinis et obſcuritate ſummota, ſolam defunctorum convenit inſpici voluntatem, cui multum roboris erit, ſi vel ſeptem, vel quinque teſtibus muniatur, et virum ſpectabilem Leonium, praeter fiduciam precum pridem cum vxore communium, voluntas quoque alia et ſubſcriptionibus teſtium munita defendit, apud eumdem ſolida ſucceſſione Iucundae conjugis ſuae jugiter permanente, quisquis maluerit delata nobis ſupplicatione teſtari, liberam habeat facultatem. Cujus heres ex edicto D. Hadriani hereditaria corpora conſequetur, nec bonorum poſſeſſionis petendae ſuſtinebit neceſſitatem, quam generaliter omnibus relaxamus. Ne tamen hoc teſtamenti genus plus juſto muniiſſe credamur: ſi quis ſibi vel inofficioſi querelam, vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc vtramque ſecundum juris et legum ſtatuta ſervamus, Albine, parens cariſſime. A. A. etc. Divus Avunculus iſt Honorius. De noſtris altaribus iſt nicht mehr, als: a nobis. Munitus veteribus conſtitutis, da ihm die vorigen Verordnungen bekannt waren. Occaſionem novandae legis amplectimur, zeigt, daß Valentinian der Erfinder von der Form der dem Kaiſer ſelbſt übergebenen Teſtamente ſey. Licet ſuperfluo illud addentes etc. da die Ehegatten Teſtamentserben waren, ſo war es unnütz, etwas wegen des ab inteſtato ihnen zu geſtattenden Erbrechts zugleich zu ſuchen. Die Eheleute

hatten ihr gegenſeitiges Teſtament in Einem Aufſatze mit einerley Solennität gemacht. Captatoriſch ſind ſolche Teſtamente nicht. Es hinderte auch nichts, warum einerley Feyerlichkeit nicht beyde Teſtamente zugleich gültig machen ſollte. Idcirco etc. Die Eheleute hatten, auſſerdem, daß ſie ein feyerlich Teſtament ſchon gemacht, ſolches überdem dem Kaiſer übergeben. Es war um ſo gültiger. (apud eumdem ſolida ſucceſſione Iucundae conjugis ſuae jugiter permanente.) Es war aber nicht nöthig, daß eine Privatfeyerlichkeit dabey geweſen wäre. Auch ohne dieſe hätte die Uebergabe an den Kaiſer das Teſtament gültig gemacht. Quisquis maluerit delata nobis ſupplicatione teſtari, liberam habeat facultatem. Vor Iuſtinian muſte nach Hadrians Verordnung der Teſtamentserbe nach Publication des Teſtaments binnen Jahresfriſt zum Beſitz der Erbſchaft gelaſſen werden, man mochte dagegen einwenden, was man wollte. Dies ſoll auch dem Erben aus dem, dem Kaiſer übergebenen, Teſtamente zuſtehen. Man ſoll das Teſtament dieſer Art nicht als ein nur jure praetorio gültiges anſehen, wobey bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas angenommen werden müſte. Uebrigens bleiben Jedem ſeine Rechte, die er gegen ein ſonſtiges förmliches Teſtament hat, unbenommen.

Dritter Abſchnitt.

Innere Form der Teſtamente, oder die Erbeinſetzung.

Erſte Section.

Ueberhaupt.

§. 223. Was Inſtitutio voluntaria, neceſſaria, Subſtitutio directa, fideicommiſſaria, pupillaris, militaris? §. 224. Erbeinſetzung kann auch mündlich geſchehen. §. 225. Iſt ohne

ohne beſtimmte Formel, doch muß ſie Befehlsweiſe geſchehen. §. 226. Fortſetzung. §. 227. Neuerlich braucht ſie nicht mehr Befehlsweiſe zu geſchehen. §. 228. Seit wenn die Erbeinſetzung auch griechiſch geſchehen können. §. 229. Von ſtillſchweigender Erbeinſetzung. §. 230. Sie kann nicht eines andern Willkühr vom Erblaſſer überlaſſen werden. §. 231. Doch ſo, daß ein Dritter einen aus mehrern Benannten wähle. §. 232. Ehemals hatte ſie vor den Vermächtniſſen ihren Platz. §. 233. Nicht nothwendig vor den Fideicommiſſen. §. 234. Oder vor der Subſtitution. §. 235. Nach dem neueſten Rechte iſt kein gewiſſer Platz mehr erforderlich. §. 236. Man kann ſo viel Erben ernennen, als man will. §. 237. Unnützer Zuſatz bey Ernennung mehrerer Erben. §. 238. Fortſetzung. §. 239. Erbernennung zweyer Erben, da durch die zweyte Ernennung die erſte aufgehoben wird. §. 240. Beſtimmung der Anzahl der Erben durch den Zuſammenhang. §. 241. Durch den Ausgang. §. 242. Unter die ernannten Erben muß alles drauf gehn, aber auch der Nachlaß für ſie zureichen. §. 243. Verbundene bekommen zuſammen nur einen Theil. §. 244. Theilung, wo nur einigen beſtimmte Portionen gegeben ſind. §. 245. Ein Erbe in re certa iſt Erbe und auch nicht Erbe. Fall, wo er alles bekommt. §. 246. Fall, wo mehrere Erben, und alle in re certa ernannt ſind. §. 247. Wo jedem der Erben die Güter einer gewiſſen Gegend angewieſen ſind. §. 248. Wie in dieſem Falle die Schulden des Erblaſſers getragen werden. §. 249. Fall, wo dem einen Erben die Güter in Italien, dem andern die Güter der Provinz angewieſen waren. §. 250. Wo dem einen das väterliche, dem andern das mütterliche Vermögen des Erblaſſers verlaſſen worden. §. 251. Fall, da der eine Miterbe in re certa ernannt iſt, der andere nicht. §. 252. Von Ernennung des Erben, ſo daß er auſſer gewiſſen Sachen die Erbſchaft bekommen ſolle. §. 253. Theilung der Erbſchaft, wo der Erblaſſer keine Theile gemacht. §. 254. Oder ihre Größe nicht beſtimmt hat. §. 255. Von Verbindung derer, die mit einem Collectivnamen, oder in einerley Satz benannt ſind. §. 256. Von Verordnung, daß etliche zuſammen einerley Theil haben ſollen. §. 257. Neuere Entſcheidung ſtreitiger Fälle, wo wegen der Einheit der Portion die Frage. §. 258. Verordnung, daß für die Inteſtaterben nichts übrig bleiben

 müſſe

müſſe. §. 259. Beſtimmung der Größe des Theils aus dem Zuſammenhange. §. 260. Dergleichen. §. 261. Man pflegte nach Zwölfteln zu theilen. §. 262. Fall, wo Zwölftel und unbeſtimmte Theile neben einander geſetzt waren. §. 263. Remiſſive Beſtimmung der Theile. §. 264. Gültigkeit der Erbeinſetzung, wo die Remiſſion die Größe des Theils nicht ergiebt. §. 265. Uneinigkeit der Juriſten über dieſen Punkt. §. 266. Wenn einigen Theile angewieſen ſind, andern nicht, ſo erhalten dieſe das Uebrige. §. 267. Dieſe mögen vor oder nach oder unter jenen ſtehen. §. 268. Wenn für die Erben mit beſtimmten Theilen das Ganze ſchon erſchöpft, und andern das Uebrige vermacht war, ſo erhielten dieſe nichts. §. 269. Es ſey denn, daß jene ausfallen. §. 270. Fälle, wo ein dupondium, tripondium u. ſ. w. gemacht wurde. §. 271. Fortſetzung. §. 272. Bey zu vielen Theilen wird das jus decreſcendi exercirt. §. 273. Fortſetzung. §. 274. Dergleichen. §. 275. Dabey der Subſtitut mehr erhält, als der Inſtitut. §. 276. Fernere Fortſetzung des §. 272. §. 277. Dergleichen. §. 278. Dergleichen. §. 279. Wenn die beſtimmten Theile die Erbſchaft nicht erſchöpfen, ſo bekommen die Erben das Uebrige ebenfalls pro rata. §. 280. Sind aber demſelben im Teſtamente zuletzt andere Theile gegeben, als zu Anfange, ſo geht es nach der letzten Beſtimmung. §. 281. Ein aus Irrthum ernannter Erbe erhält nichts. §. 282. Wenn eine unrechte Perſon zu Erben ernannt iſt, ſo erhält weder die gemeynte, noch die aus Verſehen eingefloſſene Perſon etwas. §. 283. Wie wenn Jemandem eine unrechte Sache aus Irrthum vermacht iſt. §. 284. Beym Irrthum im gegebenen Theile wird der Theil angenommen, der gemeynt geweſen. §. 285. Von Benennung des Erbens durch Verweiſung auf eine Bekanntmachung auſſer dem Teſtamente.

§. 223.

Die innere Form der Teſtamente beſteht in der gehörigen Ernennung des Erben. Die Erbeinſetzung geſchieht entweder ſo, daß der Erbe als zweyter Erbe zum voraus auf den Fall benennt wird, wenn der erſt ernannte nicht Erbe werden ſollte, wollte, oder könnte, oder der Erbe wird

wird ohne dieſe Bedingung benannt. Im letztern Falle heiſt es ſchlechthin Inſtitutio, in dem erſtern Subſtitutio, ſubſtitutio directa, oder vulgaris. Sie betrift ferner entweder ſolche Perſonen, welchen der Erblaſſer den Pflichtstheil ſchuldig iſt, oder andere. In jenem Fall heiſt ſie Inſtitutio neceſſaria, in dieſem voluntaria. Wenn Eltern ſich Erben ernennen, zugleich aber auch Namens ihrer Kinder die Erbeinſetzung beſorgen, ſo bekommt dieſe letztere Handlung den Namen der Subſtitutionis pupillaris, und quaſi pupillaris. Wenn der Erbe, die Erbſchaft, nachdem er ſie angenommen, an einen andern, nach ſich, kommen zu laſſen, im letzten Willen den Befehl erhalten hat, ſo heiſt die Ernennung desjenigen, welchem die Erbſchaft hernach zufällt, Inſtitutio oder Subſtitutio fideicommiſſaria. Wenn dabey die Beſonderheiten ſtatt finden, welche nur bey Soldaten und Soldatiſchen Teſtamenten vorkommen; ſo heiſt es Subſtitutio militaris.

§. 224. Die Benennung der Erbeinſetzung wird von mündlichen und ſchriftlichen Erklärungen zu Erben gebraucht. L. 1. §. 1. de hered. inſtit. Inſtitutum autem heredem, eum quoque dicimus, qui ſcriptus non eſt, ſed nuncupatus.

§. 225. Die Formel derſelben iſt nicht vorgeſchrieben, daher ſie bald auf dieſe, bald auf jene Art ausgedruckt wird. Dahin L. 1. §. 3. de hered. inſtit. Qui neque legaturus quid eſt, neque quemquam exheredaturus, quinque verbis poteſt facere teſtamentum; vt dicat; *Lucius Titius mihi heres eſto*. Haec autem ſcriptura pertinet ad eum, qui non per ſcripturam teſtatur. Qui poterit etiam tribus verbis teſtari, vt dicat: *Lucius heres eſto*. Nam et *mihi* et *Titius* abundat §. 5. *eod.* Si autem ſic ſcribat: *Lucius heres*, licet non adjecerit, *eſto*, credimus plus nuncupatum, minus ſcriptum.

ptum. Et ſi ita: *Lucius eſto*: tantumdem dicimus. Ergo et ſi ita: *Lucius* ſolummodo. Marcellus non inſubtiliter non putat, hodie hoc procedere. Divus autem Pius, cum quidam portiones inter heredes diſtribuiſſet ita: Ille ex parte tota, ille ex tota: nec adjeciſſet: *heres eſto*: reſcripſit, valere inſtitutionem. Quod et Iulianus ſcripſit. §. 6. eod. Item Divus Pius reſcripſit: *Illa vxor mea eſto*,* inſtitutionem valere, licet deeſſet: *heres* §. 7. eod. Idem Iulianus: *illum heredem eſſe*, non putavit valere: quoniam deeſt aliquid. Sed et ipſa valebit, ſubaudito: *jubeo*. L. 48. pr. eod. His verbis: *Titius hereditatis meae dominus eſto*, recte inſtitutio fit. Vlp. Fragm. Tit. 21. Heres inſtitui recte poteſt his verbis: *Titius heres eſto*, *Titius heres ſit*, *Titium heredem eſſe jubeo*. Illa autem inſtitutio: *Heredem inſtituo*, *heredem facio*, plerisque improbata eſt. L. 1. §. 3. heiſt: Haec autem ſcriptura etc. Dieſe Anmerknng des Sabinus betrift den Fall, da kein ſchriftlich Teſtament gemacht wird. Die Erinnerung über den Sabinus iſt vom Vlpian. Mündlich konnte man ſich, wie die Worte anzuzeigen ſcheinen, kürzer faſſen, als ſchriftlich. Bey ſolchen mündlichen abgekürzten Vorträgen konnten die Zeugen ſogleich Erläuterung erbitten. Inzwiſchen haben die Baſilicae L. 35. Tit. 9. c. 1. die Einſchränkung des Vlpian auf ein mündliches Teſtament nicht. Daher will Bynkersh. Obſ. L. 5. c. 1. lieber: pertinet et ad eum etc. geleſen haben. Statt: qui poterit etiam tribus verbis teſtari, ſoll man beſſer: quin poterit etc. leſen. Teſtari ſoll hier paſſive verſtanden werden. §. 5. erklärt er die Worte: ex parte tota nicht ſo, daß ſie einen ganzen Theil anzeigen, ſondern ſo, daß tota von tot herkomme, eine kurze Sylbe habe, und den ſo und ſo vielſten Theil bedeute. Dies wiederhohlt Beſt. rat. emend. LL. cap. 9. §. 15. §. 5. heiſt plus nuncupatum minus ſcriptum ſo viel, als mehr in die Feder dictirt,

oder

oder dem Schreiber und Urheber des Aufſatzes geſagt, als dieſer in die Feder gefaßt hat. Bey allen dieſen Abkürzungen iſt zum voraus zu ſetzen, daß aus dem Zuſammenhange erhelle, die weggelaſſenen und in Gedanken beygefügten Worte, ſeyen würklich zu suppliren. Rotermund de teſtam. vnica ſyllaba confecto et perfect. Da ehemals verba directa und imperativa zur Erbeinſetzung gehörten, ſo waren die Formeln, deren Vlp. fragm. am Ende erwähnt, ſchon nicht recht anſtändig, weil ſie nicht befehlend genug waren. A. Faber Err. pragm. Dec. 49. E. 10. n. 10. 11.

§. 226. Daß die erwähnten Abkürzungen die Erbeinſetzung nicht ungültig machten, lehrt auch L. 7. C. de teſtam. Errore ſcribentis teſtamentum, juris ſolennitas mutilare nequaquam poteſt, quando minus ſcriptum, plus nuncupatum videtur, et ideo recte teſtamento condito, quamquam deſit: *heres eſto:* conſequens eſt, exiſtente herede, legata ſeu fideicommiſſa juxta voluntatem teſtatoris oportere dari.

§. 227. Das Formelwerk des Alterthums, nach welchem verba directa zur Erbeinſetzung gehörten, hat Conſtantin oder beſſer Conſtantius aufgehoben. L. 15. C. de teſt. Quoniam indignum eſt, ob inanem obſervationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum: placuit, ademtis his, quorum imaginarius vſus eſt, inſtitutioni heredis verborum non eſſe neceſſariam obſervantiam, vtrum imperativis et directis verbis fiat, aut inflexis. Nec enim intereſt, ſi dicatur: Heredem facio, vel inſtituo, vel volo, vel mando, vel capio, vel eſto, vel erit: Sed quibuslibet confecta ſententiis, vel in quolibet loquendi genere formata inſtitutio valeat, ſi modo per eam liquebit voluntatis intentio. Nec neceſſaria ſunt momenta verborum, quae forte ſeminecis et balbutiens lingua profudit. Et in

in poſtremis ergo judiciis ordinandis amota erit ſolennium verborum neceſſitas: vt qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque inſtrumenti materia conſcribere, et quibuscunque verbis vti, liberam habeant facultatem. Ademtis his quorum imaginarius vſus eſt, zielt nach dem Cujacius, auf die mancipationem per aes et libram, die aufgehoben worden. Weil man aber nach L. 1. und 3. C. Th. de teſtam. bis auf Arcadium Merkmale von der alten Art per aes et libram zu teſtiren findet; ſo verſteht Godofredus ad has leges beſſer unter den Worten blos das Formelwerk. Erſt ſeit Theod. Iun. ſcheint die alte bürgerliche Form aufgehoben zu ſeyn. A. Faber Err. pragm. D. 34. E. 3. meynt, verba conjunctivi modi oder temporis ſeyen auch nach dem L. 15. C. nicht zuläßig, auch ſey dieſe Stelle nur von Inſtitutionen, nicht aber von Subſtitutionen und Fideicommiſſen zu verſtehen. Die Anmerkung hat aber keinen Grund.

§. 228. Seit dieſer Verordnung konnten nach Everh. Ottonis, Heineccii und anderer Meynung, auch die Teſtamente in allen Sprachen gemacht werden, da ſie bis dahin nothwendig lateiniſch ſeyn muſten. Aber man findet vor Theod. Iun. davon keine ſichere Spur. Erſt von dieſem heiſt es L. 21. § 4. C. de teſtam. Illud etiam huic legi proſpeximus inſerendum, vt etiam graece omnibus liceat teſtari, oder wie es beym Cod. Theod. Novell. Theod. 9. heiſt: Illud etiam huic legi perſpicimus inſerendum, vt quoniam graece jam teſtari conceſſum eſt (vermuthlich von dieſem Kayſer in einer kurz vorher erlaſſenen Conſtitution) legata quoque et directas libertates, tutores etiam, graecis verbis liceat in teſtamentis relinquere, vt ita vel legata relicta, vel libertates directae, tutoresve dati videantur, ac ſi legitimis verbis et teſtator dari, fieri, obſervarique juſſiſſet. Die

Stelle

Stelle L. 15. C. iſt übrigens nicht von Conſtantin, ſondern, wie die Unterſchrift lehrt, von Conſtantius.

§. 229. Eine ſtillſchweigende Erbeinſetzung war nach den ältern Grundſätzen nicht möglich, da dieſe verba directa dazu erforderten. Hierauf gründet ſich L. 65. de hered. inſtit. Hereditas ad Statium Primum nullo jure pertinet, cùm inſtitutus heres non ſit. Nec quicquam ei prodeſt, quod ab eo aliquid legatum eſt, aut libertus ei defuncti teſtamento commendatus eſt. Ex quo ſi manumiſſus non eſt, ſervus eſt. Dem Knechte waren Legata auferlegt, welche ſonſt nur dem Erben auferlegt wurden. An Ihn war der Freygelaſſene vom Erblaſſer gewieſen, welcher ſonſt auch nur an den Erben gewieſen wurde. Daraus ließ ſich nun allenfalls eine Erbeinſetzung ſchließen. Sie wurde aber doch nicht angenommen. Daher, weil noch dazu dem Knechte die Freyheit nicht gegeben worden, auch der Knecht blieb, was er vorher geweſen. Nach den neueſten Grundſätzen würde es auf die Umſtände ankommen, ob ſie ganz deutlich eine ſtillſchweigende Erbeinſetzung ergäben, weil L. 15. C. de teſtam. die alte Strenge geändert hat.

§. 230. Ob nun gleich die ältere Strenge gemildert worden; ſo iſt doch der ältere Grundſatz geblieben, daß der Erblaſſer ſelbſt den Erben ernennen müſſe, und deſſen Beſtimmung nicht der Wahl eines andern überlaſſen könne. Harppr. de e. q. extrem. vol. in alter. depoſit. commit. Glück Innoc. III. in cap. 13. X. de teſtam. et vlt. vol. juri civili haud derog. L. 32. pr. de hered. inſtit. Illa inſtitutio: *quos Titius voluerit*, ideo vitioſa eſt, quod alieno arbitrio permiſſa eſt. Nam ſatis conſtanter veteres decreverunt, teſtamentorum jura ipſa per ſe firma eſſe oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

§. 231. In ſo fern jedoch der Erblaſſer ſelbſt Perſonen benennt hatte, unter welchen ein anderer wählen ſollte, wem etwas von der Erbſchaft ſollte zu Theil werden; galt dieſe Verweiſung auf die Wahl eines Dritten. L. 7. §. 1. de reb. dub. Cum quidam, pluribus heredibus inſtitutis, vnius fidei commiſiſſet, vt, cum moreretur, vni ex coheredibus, cui ipſe vellet, reſtitueret eam partem hereditatis, quae ad eum perveniſſet: veriſſimum eſt, vtile eſſe fideicommiſſum. Nec enim arbitrio ejus, qui rogatus eſt, poſitum eſt, an omnino velit reſtituere, ſed cui potius reſtituat. Plurimum enim intereſt, vtrum in poteſtate ejus, quem teſtator obligari cogitat, faciat, ſi velit dare, an poſt neceſſitatem dandi, ſolius diſtribuendi liberum arbitrium concedat. Plurimum enim etc. iſt eine Analogie. Wenn der Erblaſſer es der Willkühr des Erben überläſſet, ob er ein Vermächtnis auszahlen will, ſo iſt die Verordnung ſo viel, wie nichts. Wenn er aber die zu zahlende Summe beſtimmt, aber unter mehrern genannten Perſonen dem Erben die Wahl läßt, wem er ſolche geben will; ſo iſt nichts einzuwenden.

§. 232. In den ältern Zeiten war der Erbeinſetzung ein gewiſſer Platz im Teſtamente angewieſen. Sie muſte ehe geſetzt werden, als die Vermächtniſſe. Vlp. Fragm. Tit. 24. §. 15. Ante heredis inſtitutionem legari non poteſt, quoniam et poteſtas teſtamenti ab heredis inſtitutione incipit.

§. 233. Fideicommiſſe konnten allenfalls der Erbeinſetzung vorgeſetzt werden. Vlp. Fragm. Tit. 25. §. 8. Fideicommiſſum et ante heredis inſtitutionem et poſt mortem heredis, et codicillis etiam non confirmatis teſtamento, dari poteſt, licet legari non poſſit.

§. 234.

§. 234. Die Subſtitution konnte auch der Inſtitution vorgeſetzt werden. L. 28. de hered. inſtit. Si ita quis inſtitutus ſit: *Titius heres eſto, ſi Secundus heres non erit:* deinde: *Secundus heres eſto:* placet, primo gradu Secundum eſſe inſtitutum. Die Endworte ſollen anzeigen, es ſey ſo gut, als wenn Secundus zuerſt ernannt wäre, ob er gleich zuletzt eingeſetzt iſt.

§. 235. Die neueſten Rechte haben eine beſondere Ordnung der Theile des Teſtaments ganz aufgehoben. Es können alſo auch Legata vor der Erbeinſetzung vorhergehen, und es kann auch ſonſt Verkehrung ſtatt finden, ohne daß eine Ungültigkeit daher erwachſe. L. 24. C. de teſtam. Ambiguitates, quae vel imperitia, vel deſidia teſtamenta conſcribentium oriuntur, reſecandas eſſe cenſemus: et ſive inſtitutio heredum poſt legatorum donationes ſcripta ſit, vel alia praetermiſſa ſit obſervatio, non ex mente teſtatoris, ſed vitio tabellionis, vel alterius, qui teſtamenta ſcribit: nulli licentiam concedimus, per eam occaſionem teſtatoris voluntatem ſubvertere, vel minuere. Panciroll meynt, nur alsdenn, wenn durch Schuld des Schreibers die Verſetzung geſchehen, ſey keine Ungültigkeit, wohl aber ſey dergleichen anzunehmen, wenn der Erblaſſer ſelbſt die Verſetzung gemacht. Ipr. R. et Att. Tom. 2. p. 1339. Es iſt aber offenbar dem §. 34. I. de Leg. zuwider.

§. 236. Man kann einen oder mehrere Erben ernennen, und iſt die Zahl der Erben nicht auf eine gewiſſe Zahl durch die Geſetze eingeſchränkt. §. 4. I. de hered. inſtit. Et vnum hominem et plures vſque in infinitum, quot quis heredes velit, facere licet.

§ 237. Da bey der Ernennung mehrerer Erben der Erblaſſer hinzugeſetzt: es ſolle von ihnen Erbe werden, wer

wer da wolle; ſo war dieſer Zuſatz als unnütz anzuſehen, und es wurde billig mit den Erben gehalten, als wenn dieſer Zuſatz nicht dabey geweſen wäre. L. 69. de hered. inſtit. *Cornelius et Maevius*, *vter eorum volet*, *heres eſto.* Vterque vult. Trebatius neutrum fore heredem: Cartilius, vtrumque. Cartilio adſentio. Et illam adjectionem, *vter eorum volet*, ſupervacuam puto. Id enim etiam ea non adjecta futurum fuit: vt, vter vellet, heres eſſet: vter nollet, heres non eſſet. Quodſi hi ex numero neceſſariorum heredum eſſent: tum id non fruſtra adjectum eſſe: et non ſolum figuram; ſed vim quoque conditionis continere. Dicerem tamen, ſi vterque heres vellet, vtrumque heredem eſſe. cf. Majanſ. ad 30 ICtor. P. 2. p. 191. Pagenſtecher ad L. Cornelius de hered. inſtit. Daß bey heredibus neceſſariis die Klauſel: ſi velit heres eſſe, eine Aenderung mache, wird unten folgen. Bey freywilligen Erben iſt ſie überflüßig, und ſchadet alſo nicht, hilft aber auch nichts.

§. 238. Es iſt hier eben ein ſolcher Fall, wie L. 24. de hered. inſtit. Titius et Sejus, vterve eorum vivet, heres mihi eſto. Exiſtimo, ſi vterque vivat, ambo heredes eſſe. Altero mortuo, eum, qui ſupererit, ex aſſe heredem fore. Hier war das vterve eorum vivet ebenfalls überflüßig. Der Grund L. 25. eod. iſt daher nicht einmal nöthig. Quia tacita ſubſtitutio ineſſe videatur inſtitutioni. Schon das jus accreſcendi würkt hier, welches bey Erbeinſetzungen und Legatis ſtatt findet. Daher auch bey Legatis nöthig war, den Grund anzunehmen, der L. 26. eod. angenommen iſt. Idque et in legato eodem modo relicto ſenatus cenſuit.

§. 239. Da ein Erblaſſer zwey Erben ernannt, ſie aber dergeſtalt erwähnt hatte, daß die Ernennung des

zwey-

zweyten als eine Aenderung der erſten Erbeinſetzung anzuſehen war, ſo muſte vernünftigerweiſe nur dieſer letztere der Erbe werden. L. 47. pr. de hered. inſtit. Si ita ſcriptum fuerit: *Titius*, *imo Sejus*, *heres eſto*: Sejum ſolem heredem fore reſpondit. Sed et ſi ita: *Titius heres eſto*, *imo Sejus heres eſto*: idem erit dicendum.

§. 240. Wie viel Perſonen zu Erben ernannt ſeyen, giebt unterweilen, wenn es der Erblaſſer nicht geſagt, der Zuſammenhang. L. 37. §. 2. de hered. inſtit. Qui tres filios habebat, et ita ſcripſerit: *Filii mei heredes ſunto*, *Publius filius meus exheres eſto*: videri poteſt, prima parte duos duntaxat filios heredes inſtituiſſe.

§. 241. Unterweilen beſtimmt es ein Ohngefähr. Dahin z. E. wenn Jemand neben einem Poſthumo zu Erben ernannt wird. Hier kann er alles bekommen, wenn kein poſtumus zur Welt kommt, oder nur die Hälfte, oder noch weniger, nachdem einer oder mehrere poſtumi gebohren werden. L. 5. §. 1. de reb. dub. Si tibi et poſtumo ſuo vel alieno hereditatem reſtituere quis rogaverit L. 6. eod. vel ex parte (te et ex parte) poſthumum heredem inſtituiſſet, legatumve ſimiliter vel fideicommiſſum dediſſet. L. 7. eod. Vtrum ita poſthumus partem faciat, ſi natus ſit; an et, ſi natus non ſit, quaeritur. Ego commodius dici puto, ſi quidem natus non eſt, minime eum partem facere, ſed totum ad te pertinere, quaſi ab initio tibi ſolido relicto: ſin autem natus fuerit, vtroſque accipere, quantum cuique relictum eſt, vt vno nato, pars tibi dimidia debeatur: duobus natis tertia tibi debeatur: tribus natis, quia trigemini quoque naſcuntur, quarta (debeatur.) Et noſtra quidem aetate Serapias, Alexandrina mulier, ad Divum Hadrianum perducta eſt, cum quinque liberis, quos vno foetu enixa eſt, ſed tamen quod vltra tres naſcitur

citur, fere portentoſum videtur. Zur Zeit der Pandecten konnte einem poſtumo alieno noch kein Legat vermacht werden. Dies führte erſt Iuſtinian Tit. C. de incert. perſon. ein. Alſo iſt hier in den Worten: vel alieno ein Tribonianismus.

§. 242. Die Erbeinſetzung muß ſo eingerichtet werden, daß die ganze Erbſchaft den ernannten Perſonen zu Theil werde. Denn neben den Teſtamentserben hatte keine Inteſtaterbſchaft wegen eines offen gelaſſenen Theils ſtatt. Man muſte alſo die ganze Erbſchaft, wenn nur Ein Erbe vorhanden, dieſem geben. Wenn mehrere angeſetzt waren; ſo muſte der Nachlaß unter ſie ſo vertheilt werden, daß nichts übrig blieb. Blieb dennoch etwas übrig, ſo fiel dies den ernannten Erben, als eine Zugabe, mit anheim. Wenn den Miterben einzeln ſo viel gegeben war, daß das Ganze dazu nicht reichte; ſo muſten die Theile nach Proportion kleiner gemacht werden. Wenn keine Theile gemacht waren, bekam einer ſo viel, als der andere. Majanſ. de diviſ. heredit.

§. 243. Diejenigen, welche durch einerley Abſatz der Rede, oder einen Collectivnamen näher an einander geſetzt waren, bekamen zuſammen Einen Theil, als Eine Perſon.

§. 244. Wenn einigen Miterben Theile angewieſen waren, andern nicht, ſo bekamen dieſe das Uebrige. Blieb nichts übrig, ſo wurden die Theile der andern gemindert, damit etwas übrig bliebe. Wenn einige auf das Uebrige angewieſen waren, und es blieb nichts übrig; ſo erhielten ſie nichts.

§. 245. Ein Erbe ſollte entweder alles, oder eine gewiſſe Quota, oder einen gewiſſen Intellectualtheil der Erb-

Erbſchaft bekommen. Wenn alſo Jemand in Anſehung gewiſſer abgeſonderter Sachen zu Erben ernannt wurde; ſo war dies der Eigenſchaft eines Erben zuwider. Berger de hered. in re cert. inſtit. a Ravenſtein dito. Daher kam es, daß man einen ſolchen, nach verſchiedenen Verhältniſſen, bald für einen Erben, bald für einen Legatarium anſahe. In Anſehung eines Miterben, der nicht, wie er, ernannt war, hatte er die Rechte eines Legatarii. In aller andern Abſicht, war er wie Erbe zu betrachten. War er alſo ganz allein und ohne Miterben ernannt; ſo war er in aller Abſicht ein Erbe von allem. L. 1. §. 4. de hered. inſtit. Si ex fundo fuiſſet aliquis ſolus inſtitutus: valet inſtitutio, detracta fundi mentione.

§. 246. Wenn er Miterben hatte, die auch in re certa ernannt waren; ſo bekam jeder der Miterben ſeine angewieſene Sache als Prälegat, und im übrigen waren ſie zu gleichen Theilen Erben. L. 9. §. 13. de hered. inſtit. Si duo ſint heredes inſtituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex beſſe ejusdem fundi: Celſus expeditiſſimam Sabini ſententiam ſequitur, vt, detracta fundi mentione, quaſi ſine partibus heredes ſcripti, hereditate potirentur. Si modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſime non refragatur. L. 10. eod. Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes inſtituerit: perinde habebitur, quaſi non adjectis partibus heredes ſcripti eſſent. Nec enim facile, ſed diverſitate pretiûm portiones inveniuntur. Ergo expeditius eſt, quod Sabinus ſcribit, perinde habendum, ac ſi nec fundum, nec partes nominaſſet. L. 11. eod. *Attius fundi Corneliani heres eſto mihi: Duo Titii illius inſulae heredes ſunto.* Habebunt duo Titii ſemiſſem, Attius ſemiſſem. Idque Proculo placet. Quid tibi videtur? Reſpondit: Vera eſt Proculi opinio. Non enim facile,

facile, vel diverſitate pretiorum etc. heiſt: Es iſt ſchwer, die Proportion der Theile der Erbſchaft nach den Theilen einzeler Sachen einzurichten, weil bey einzelen Sachen qualitas und quantitas zugleich in Betracht gezogen werden muß. Für: ſed diverſitate pretiûm, lieſt A. Faber conject. L. 17. c. 16. ſub diverſitate partium. Nec facile, meynt er, ſtehe hier für impoſſibile. Uebrigens verſteht er dieſe Stellen ſo, als wenn die vom Erblaſſer an den Grundſtücken gemachten Theile nicht zu beobachten wären, ſondern dieſe Grundſtücke, wie die Erbſchaft, zu zwey gleichen Theilen den Erben gehörten, wenn gleich der Erblaſſer andere Theile in denſelben gemacht. Aber es laſſen ſich die Worte erklären, ohne daß man dieſe beſondere Meynung annehme. Averan. Interpr. L. 4. c. 11.

§. 247. Gleiche Bewandnis hat es daher auch, wenn die Güter einer gewiſſen Gegend dem einen, und einer andern Gegend dem andern, als Erben verlaſſen werden. Jeder bekommt da die ihm angewieſenen Güter. Uebrigens aber ſind Schulden, Beſchwerden, Gerechtſame und Vortheile gleich. Daß Erbtheile und Schulden ſich hier gleichen, lehrt L. 35. pr. de hered. inſtit. Ex facto proponebatur quidam duos heredes ſcripſiſſe, vnum rerum provincialium, alterum rerum Italicarum: et cum merces in Italiam divehere ſoleret, pecuniam miſiſſe in provinciam ad merces comparandas: quae comparatae ſunt vel vivo eo, vel poſt mortem, nondum tamen in Italiam devectae. Quaerebatur: merces vtrum ad eum pertineant, qui rerum Italicarum heres ſcriptus erat: an vero ad eum, qui provincialium. Dicebam, receptum eſſe, rerum heredem inſtitui poſſe: nec eſſe inutilem inſtitutionem: ſed ita, vt officio judicis familiae herciſcundae cognoſcentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re inſtitutus eſt, quam

quam rem, ex qua heres ſcriptus eſt, conſequi. Ita igitur res accipietur: verbi gratia, pone duos eſſe heredes inſtitutos, vnum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano: et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem. Erunt quidem heredes aequis partibus, quaſi ſine partibus inſtituti. Verum tamen officio judicis tenebuntur, vt vnicuique eorum fundus, qui relictus eſt, adjudicetur vel attribuatur. §. 2. eod. Cum haec ita ſint: haec etiam inſtitutio, de qua quaeritur, non eſt repellenda, ſi alius rerum provincialium, alius rerum Italicarum heres, fuerit ſcriptus, officioque judicis attribuentur ſingulis res que adſcriptae ſunt. Erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adſcripta eſt. Quae res facit, vt ſi forte in aliis facultatibus plus ſit, (in Italicis forte, quam in provincialibus) in aliis minus, et aeris alieni ratio vrgeat: dici imminutionem eamdem fieri, quam ſupra oſtendimus. Proinde et ſi aliis fuerint legata relicta, contributio admittenda erit. Dicebam, receptum eſſe etc. zeigt an, daß eigentlich nach gewiſſen Gütern die Erbernennung nicht ſtatt finde, jedoch durch einen billigen Gebrauch dergleichen eingeführet ſey. Die Legata ſollen auch nach §. 2. beyde Erben zu gleichen Theilen tragen. I. A. Roel ad L. 35. de hered. inſtit.

§. 248. Von den Schulden beſonders redet L. 35. §. 1. eod. Vnde ſcio quaeſitum, aeris alieni onus pro qua parte agnoſci debeat. Et refert Papinianus, cujus ſententiam ipſe quoque probavi, pro hereditariis partibus eos agnoſcere aes alienum debere, hoc eſt, pro ſemiſſe. Fundos etenim vice praeceptionis accipiendos. Quare ſi forte tantum ſit aes alienum, vt nihil, detracto eo, ſupereſſe poſſit: conſequenter dicimus, inſtitutiones iſtas ex re factas nullius eſſe momenti. Et

ſi forte Falcidia interveniens reciſionem eſſet legatorum factura, hic officio judicis recidit praeceptiones iſtas: vt non plus quoque eorum habeat, quam eſſet habiturus, ſi legatum accepiſſet, vel aliud, vel etiam praeceptiones. Quodſi fuerit incertum, an Falcidia interventura ſit: rectiſſime probatur, officio judicis cautiones eſſe interponendas. Da die res certae als Legata angeſehen werden, ſo ſind ſie, wie andere Legata, der Falcidia, und der deshalb zu machenden Caution unterworfen. Sind ſo viel Schulden da, daß die Erbſchaft dadurch verſchlungen wird, ſo ſind die Legata, und alſo auch die dem Erben gegebenen res certae dazu mit zu verwenden.

§. 249. Was aber, wenn auf der einen Seite die Güter in Italien, auf der andern die in der Provinz angewieſen ſind, zu der einen oder andern Art gehöre, lehrt L. 35. § 3. eod. Rerum autem Italicarum, vel provincialium ſignificatione, quae res accipiendae ſint, videndum eſt. Et facit quidem totum voluntas defuncti. Nam, quid ſenſerit, ſpectandum eſt. Verum tamen hoc intelligendum erit, rerum Italicarum ſignificatione eas contineri, quas perpetuo quis ibi habuerit, atque ita diſpoſuit, vt perpetuo haberet. Caeteroquin ſi tempore, in quo transtulit in alium locum, non vt ibi haberet, ſed vt denuo ad priſtinum locum revocaret: neque augebit, quo transtulit, neque minuet, vnde transtulit. Vtputa de Italico patrimonio quosdam ſervos miſerat in provinciam (forte Galliam) ad exigendum debitum, vel ad merces comparandas, recurſuros, ſi comparaſſent, dubium non eſt, quin debeat dici, ad Italicum patrimonium eos pertinere debere. Vt eſt apud Mucium relatum, cum fundus erat legatus, vel cum inſtrumento, vel cum his, quae ibi ſunt. Agaſonem enim miſſum in villam a patrefamilias,

lias, non pertinere ad fundi legatum, Mucius ait, quia non idcirco illo erat immiſſus, vt ibi eſſet. Proinde ſi ſervus fuerit miſſus in villam, interim illic futurus, quia dominum offenderat, quaſi ad tempus relegatus: reſponſum eſt, eum ad villae legatum non pertinere. Quare ne ſervi quidem, qui operari in agris conſuerunt, qui in alios agros revertebantur, et quaſi ab alio commodati: in ea ſunt conditione, vt ad legatum pertineant, quia non ita in agro fuerant, vt ei agro viderentur deſtinati. Quae res in propoſito quoque ſuggerit, vt Italicarum rerum eſſe credantur hae res, quas in Italia eſſe teſtator voluit. §. 4. eod. Proinde et ſi pecuniam miſit in provinciam ad merces comparandas, et nec dum comparatae ſunt: dico, pecuniam, quae idcirco miſſa eſt, vt per eam merces in Italiam adveherentur, in Italico patrimonio injungendam. Nam et ſi dediſſet in provincia de pecuniis, quas in Italia exercebat ituras et redituras: dicendum eſt, hanc quoque Italici patrimonii eſſe rationem. §. 5. eod. Igitur efficere dici: vt merces quoque iſtae, quae comparatae ſunt, vt Romam veherentur: ſive profectae ſunt eo vivo, ſive nondum: et ſive ſcit, ſive ignoravit: ad eum heredem pertinere, cui Italicae res ſunt adſcriptae. Dieſe drey Paragraphen ſind der Antwort auf die Frage im Principio des Geſetzes gewidmet. Was zu gewiſſen Gütern auf beſtändig beſtimmt iſt, gehört dazu. Was auf eine Zeitlang davon genommen iſt, aber wieder dazu kommen ſoll, bleibt dabey, als wenn es nicht davon gekommen wäre. Was auf eine Zeitlang bey gewiſſen Gütern iſt, wird nicht dazu gerechnet. Für: Si tempore in quo transtulit, iſt beſſer zu leſen: Si tempore aliquo transtulit. Bey neque augebit — neque minuet iſt in Gedanken beyzufügen: bona oder patrimonium. Gelder, die eigentlich das Verkehr von Italien betrafen, gehörten dahin, wenn ſie auch in der Provinz vom Eigenthümer

mer ausgezahlet waren. Nam et ſi dediſſet etc. §. 4. Efficere dici §. 5. heiſt: Es folgt daraus, daß man ſagen muß. Dieſen §. hält A. Faber Err. pragm. D. 15. E. 8. weil er überflüßig, im Latein unrichtig, und in der Sache nicht wohl überdacht ſey, für einen Tribonianiſchen Zuſatz.

§. 250. Auf eben den Grundſätzen beruhet L. 78. pr. eod. Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia poſſidebat, libertum heredem inſtituit: paternorum, quae habebat in Syria, Titium. Iure ſemiſſes ambos habere conſtitiſſe. Sed arbitrum dividendae hereditatis ſupremam voluntatem factis adjudicationibus, et interpoſitis propter actiones cautionibus, ſequi ſalva Falcidia. Scilicet vt, quod vice mutua praeſtarent, doli ratione quadranti retinendo compenſetur. Hier wird ein Teſtirer aus dem Civilſtande angenommen, weil von der Falcidia etwas geſagt werden ſollen, welche bey Soldaten wegfiel. Wenn gleich von Anfange nicht bekannt war, daß Legata verordnet ſeyen, ſo konnten ſich doch dergleichen in der Folge hervor thun, und alſo der Falcidiae wegen Sicherheit nöthig ſeyn. Wenn 8000 Rthl. vorhanden, und Cajus Güter von 3000 Rthl., Titius von 4000 Rthl. an Werth angewieſen bekam; ſo blieb 1000 Rthl. übrig, wovon die Hälfte, ſo Jedem als Erben gehörte, 500 Rthl. war. Hiezu dem Cajus 3000 Rthl. Legat gerechnet, bekam dieſer 3500 Rthl. dem Titius aber dazu 4000 Rthl. Legat gerechnet, erhielt er 4500 Rthl. Cajus gab an Titius eigentlich nur 2000 Rthl. als Legat, weil dieſer die andern 2000 Rthlr. von ſich ſelbſt bekam. Titius gab aus gleichem Grunde und auf gleiche Art an Cajus 1500 Rthlr. Alſo hatte Cajus 1500 Rthlr. als Legatarius, und 2000 Rthl. als Erbe. Titius 2000 Rthl. als Legatarius, 2500 Rthl. als Erbe. Jedem gehörten 4000

Rthl.

Rthl. als die wahre Hälfte der ganzen Erbſchaft. (Iure ſemiſſes ambo habent.) Alſo rechnete man 1000 Rthl. für eines Jeden Falcidia. Wenn ſich nun bey Titio, der noch 2500 Rthl. als Erbe übrig hatte, nur noch 1500 Rthl. Legaten fanden, die ihm auferlegt waren; ſo war an keine Falcidia zu denken. Wofern aber 2000 Rthl. Legata ihm noch auferlegt waren, ſo fehlte ihm 500 Rthl. an der Falcidia, und es muſte dazu Cajus wegen der ihm gegebenen 1500 Rthl. und jeder andere Legatarius contribuiren. Dagegen aber hatte Cajus gleiches Recht. Er hatte als Erbe nur 2000 Rthl. übrig, und 1000 Rthl. war ſeine Falcidia. Wenn alſo auſſerdem nur noch 1000 Rthl. ſich hervorthaten, die er auszahlen muſte; ſo war alles richtig. Thaten ſich auf 1500 Rthl. hervor; ſo fehlten ihm 500 Rthl. Hiezu muſte Titius wegen ſeiner erhaltenen 2000 Rthl. Legat und jeder anderer Legatarius pro rata geben. Was nun Cajus an Titius, und dieſer an jenen unter ſolchen Umſtänden gegenſeitig zu fodern hatten, das hob ſich durch Compenſation pro concurrente ſumma. Dies iſt die Rechnung, wie ſie eigentlich gemacht werden muß, und die Cujacius ad Reſp. Papin. unrichtig vorſtellt. Die Exceptio compenſationis, gegen die actionem ex ſtipulatu angebracht, hieß exceptio doli. Quadrans iſt die Falcidia. Der noch unbekannten, aber ſich hervorthun könnenden Schulden- und Legaten-Foderung wegen, (propter actiones) und zum Behuf der alsdenn gebührenden Falcidiae, waren Cautionen nöthig und gewöhnlich.

§. 251. Daß ein Erbe in re certa, wenn er einen Miterben anderer Art hat, in Anſehung deſſen lediglich als Legatarius angeſehen werde, ſagt Iuſtinian L. 13. C. de hered. inſtit. Quoties certi quidem ex certa re ſcripti ſunt, heredes vel certis rebus pro ſua inſtitutione con-

contenti eſſe juſſi ſunt, quos legatariorum loco haberi certum eſt: alii vero ex certa parte, vel ſine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam vnciarum inſtitutionem referuntur: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus vti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte, vel ſine parte ſcripti fuerint, nec aliquam deminutionem earumdem actionum occaſione heredum ex certa re ſcriptorum fieri. A Faber Err. pragm. D. 15. E. 10. verſteht dieſe Verordnung dahin, daß, wenn auch der Miterbe des heredis in re certa vor dem Erblaſſer verſtirbt, der letztere, nemlich der Erbe in re certa, dennoch ein Legatarius verbleibe. Weil es aber einerley iſt, ob der Erblaſſer keinen Miterben gegeben, oder der gegebene aufgehört hat; ſo iſt dieſe Meynung zu verwerfen.

§. 252. Ob aber gleich einen Erben ex re certa zu ernennen, eigentlich nicht zuläſſig war, ſo gieng es doch an, einen Erben ſo zu ernennen, daß er, gewiſſe Sachen ausgenommen, Erbe ſeyn ſolle. In dieſem Falle fielen, wenn er Miterben hatte, dieſe Sachen an die Miterben, als deren Legata. Wenn keine Miterben vorhanden waren, fielen ſie in dieſer Eigenſchaft an die Inteſtaterben. L. 74. de hered. inſtit. Si ita quis heres inſtitutus fuerit: *excepto fundo*, *excepto vſufructu* heres eſto: perinde erit jure civili, atque ſi ſine ea re heres inſtitutus eſſet: idque auctoritate Galli Aquillii factum eſt. Man erklärt gemeiniglich die Stelle ſo, daß die Ausnahme gewiſſer Sachen als nicht geſchehen angeſehen werden ſolle. Aber dieſe Erklärung paßt nicht zu den Worten: atque ſi ſine ea re heres inſtitutus eſſet. Ea res kann nicht heiſſen: ea adjectio ea clauſula. Es hätte auch des Anſehens des Aquillius Gallius zu Einführung dieſes Satzes nicht bedurft, der ſchon auf den Begriff der Univerſalität des Erben gebauet werden können.

Aber

Aber daß man die Ausnahme für gültig erkannte, war eher der Unterſtützung vom Anſehen eines bewährten Juriſten bedürftig. Man ſahe alſo dieſe Ausnahme als ein dem Erben anferlegtes Legat an. L. 86. de Leg. 2. Langebeck Annotatt. cap. 5. bey Otto Theſaur. Tom. I. p. 550. cf. Majanſ. ad. 30 ICtos P. 2. p. 104.

§. 253. Wie, wenn der Erblaſſer keine Theilung gemacht hat, die Geſetze ſelbſt die Theilung machen, lehrt L. 9. §. 12. de hered. inſtit. Heredes, juris ſucceſſores ſunt, et, ſi plures inſtituantur, dividi inter eos a teſtatore jus oportet. Quodſi non fiat, omnes aequaliter heredes ſunt.

§. 254. Dieſe geſetzliche Theilung bleibt, wenn der Teſtirer zwar von Theilen geredet, aber ihre Größe nicht beſtimmt hat. L. 14. de hered. inſtit. Si quis heredes ita inſtituit: *Titius ex parte prima, Sejus ex parte ſecunda, Maevius ex parte tertia, Sulpicius ex parte quarta, heredes ſunto*: aequae partes hereditatis ad inſtitutos pertinebunt: quia teſtator, appellatione numeri, ſcripturae magis ordinem, quam modum partibus impoſuiſſe videtur. Der Grund, warum die in der Stelle vorkommende Anmerkung gemacht worden, iſt, weil man etwa auch pars quarta, tertia u. ſ. w. von einer Größe des Theils verſtehen könnte. Die Bedeutung iſt aber hier der Abſicht des Erblaſſers zuwider.

§. 255. Wie die durch Abſatz der Rede oder dem Collectivnamen verbundenen Perſonen zuſammen Eine Portion bekommen, wenn nicht der Erblaſſer einen Wink zum Gegentheil gegeben, iſt zu erſehen, aus L. 13. pr. de hered. inſtit. Interdum haec adjectio: *Aeque heredes ſunto* teſtatoris voluntatem exprimit. Vtputa *Primus et fratris mei filii aeque heredes ſunto.* Nam haec

 adje-

adjectio declarat, omnes ex virilibus partibus inſtitutos: vt et Labeo ſcripſit. Qua detracta, ſemiſſem fratris filii, ſemiſſem Primus haberet. L. 59. §. 2. eod. *Titius heres eſto, Sejus et Maevius heredes ſunto.* Verum eſt, quod Proculo placet, duos ſemiſſes eſſe, quorum alter conjunctim duobus datur. Klügel de diviſ. ejus quod relict. cognat. proximior. cum remotior. nom. collectivo.

§. 256. Die Würkung, welche die Verbindung der Rede thut, entſteht noch vielmehr aus der ausdrücklichen Erklärung, daß etliche Erben zuſammen einerley Theil haben ſollen. L. 15. pr. de hered. inſtit. Iulianus quoque libro trigeſimo refert: Si quis ita heredem ſcripſerit: *Titius ex parte dimidia heres eſto, Sejus ex parte dimidia: Qua ex parte Sejum inſtituit, ex eadem parte Sempronius heres eſto.* Dubitari poſſe, vtrum in tres ſemiſſes dividere voluit hereditatem, an vero in vnam ſemiſſem Sejum et Sempronium conjungere: Quod eſt verius. Et ideo conjunctim eos videri inſtitutos. Sic fiat, vt Titius ſemiſſem, hi duo quadrantes ferant. Die Urſach der Erklärung der Formel mag die ſeyn, weil nicht leicht zu glauben, daß ein Teſtirer mehr Theile machen wollen, als das Ganze faßt.

§. 257. Wegen zweyer beſonderer Fälle, war ein Streit unter den Alten, ob eine nähere Verbindung mehrerer Perſonen, und danach zu rechnende Einheit einer Portion anzunehmen, oder nicht, worüber Iuſtinian erſt eine Entſcheidung gegeben. L. 11. C. de Impub. et al. ſubſt. Si quis, duobus heredibus inſtitutis, filio ſuo impuberi eos vna cum alio tertio ſubſtituerit et verba teſtamenti ita compoſuerit: *quisquis mihi heres erit et Titius filio meo heres eſto*: ſecundum quod apud Vlpianum

num invenimus, mortuo impubere filio, quaerebatur, quomodo ad ſubſtitutionem vocentur tres ſubſtituti: vtrumne duo priores, qui et patri heredes fuerant ſcripti in dimidiam, vocentur, tertius in reliquam dimidiam: an tres ſubſtituti, vnusquisque ex triente, ad ſubſtitutionem vocentur. Alia applicata dubitatione, ſi quis heredem ita ſcripſerit: Titius vna cum filiis ſuis et Sempronius heredes mihi ſunto. Et in praeſenti enim ſpecie quaerebatur ſecundum Vlpianum voluntas teſtantis vtrumne Titium vna cum filiis ſuis in dimidiam vocet, et Sempronium in aliam dimidiam, an omnes in virilem portionem. Nobis autem in prima quidem ſpecie videtur tres ſubſtitutos, vnumquemque in trientem vocari: in ſecunda autem ſpecie, cum et natura pater et filius eadem eſſe perſona intelligantur, dimidiam quidem partem Titio cum filiis ſuis, alteram autem partem Sempronio adſignari. Merill. ad Quinquag. Deciſ. h. l. muthmaßt, daß Iuſtinian die erſtere Streitigkeit Lib. 4. Vlp. ad Sabinum gefunden habe, daraus L. 8. 10. de vulg. et pup. Subſt. L. 3. de Leg. 3. genommen ſind. Man findet die eine Meynung L. 9. de vulg. et pup. ſubſt., die andere L. 32. eod. L. 88. §. 6. de Leg. 2. Auch von der andern angehängten Streitfrage, den mit ſeinen Kindern zu Miterben ernannten Vater betreffend, finden ſich Spuren L. 7. de vſufr. accreſc. auf der einen, und L. 88. §. 6. de Leg. 2. auf der andern Seite.

§. 258. Daß bey der Vertheilung dahin zu ſehen, damit nichts übrig bleibe, und neben den Teſtamentserben nicht Inteſtaterben theilen können, ſagt §. 5. I. de hered. inſtit. Hereditas plerumque dividitur in duodecim vncias, quae aſſis appellatione continentur. Habent autem et hae partes propria nomina ab vncia vſque ad aſſem: vtputa haec: Sextans, quadrans, triens,

 quin-

quincunx. ſemis, ſeptunx, bes, dodrens, dextans, deunx. Non autem vtique ſemper duodecim vncias eſſe oportet. Nam tot vnciae aſſem efficiunt, quot teſtator voluerat, et ſi vnum tantum quis ex ſemiſſe (verbi gratia) heredem ſcripſerat, totus as in ea ſemiſſe erit. Neque enim idem ex parte teſtatus et ex parte inteſtatus decedere poteſt, niſi ſit miles, cujus ſola voluntas in teſtando ſpectatur. Et e contrario poteſt quis in quantascunque voluerit plurimas vncias ſuam hereditatem dividere.

§. 259. Beſtimmt der Erblaſſer die Theile, ſo iſt dem nachzugehen. Welche Theile aber derſelbe geben wollen, hat er entweder deutlich ausgedruckt, oder man ſchließt es aus dem Zuſammenhange. L. 78. §. 1. de hered. inſtit. Lucio Titio ex duabus partibus, Publio Maevio ex quadrante, ſcriptis heredibus, aſſem in dodrantem eſſe diviſum, reſpondi: quod veteres nummis Titio legatis nummorum ſpecie non demonſtrata, caeterorum legatorum contemplatione receperunt. Weil Maevius drey Zwölftel, und der andere Erbe zwey gleiche Theile erhalten ſollte, ſo ergab ſich, daß dieſem zweymal drey Zwölftel beſtimmt waren. Das heiſt: aſſem in dodrantem eſſe diviſum. Es waren nur 9 Zwölftel vertheilt, und dieſen 9 Zwölfteln fiel das übrige nach Proportion zu. Maevius bekam noch 1 Zwölftel und der Miterbe noch 2 derſelben. Alſo erhielt dieſer 8 Zwölftel, jener 4 Zwölftheile. Analogie nimmt der Juriſt daher, daß die Alten meynten, wenn bey einem Legate die Münzſorte nicht ausgedruckt worden, bey den übrigen aber ſolches geſchehen wäre, ſo müſſe das Legat, wobey die Münzſorte fehlt, ebenfalls nach der Münzſorte der übrigen verſtanden werden.

§. 260. Hieher gehört auch L. 78. §. 2. de hered. inſtit. Filius heredibus aequis partibus inſtitutis, ac poſtea fratris filio pro duabus vnciis: vnum aſſem inter omnes videri factum placuit, et ex eo decem vncias filios accepiſſe. Tunc enim ex altero aſſe portionem intelligi relictam, cum, aſſe nominatim dato, vel duodecim vnciis diſtributis, reſidua portio non invenitur. Nihil autem intereſt, quo loco ſine portione quis heres inſtituatur, quo magis aſſis reſiduum accepiſſe videatur. In dieſem Falle war eine andere Rechnung, wie im vorigen. Im vorigen hatte der Erblaſſer dem Titius zwey Theile ausdrücklich beſtimmt. Hier aber hieß es blos, die Söhne ſollten Theile haben, das hieß nichts weiter, als jeder ſollte nicht das Ganze haben. Wie viel ſie haben ſollten, beſtimmte der miterwähnte Bruders Sohn. Weil dieſer 2 Unzen abhaben ſollte, ſo blieben für die Söhne nur 10 Unzen, und für jeden beſonders, 5 Unzen, übrig. Weil nicht ſchlechthin as, oder dimidia u. ſ. w. den Söhnen gegeben war, ſo kam es daher, daß man zum dupondio keine Zuflucht zu nehmen hatte.

§. 261. Die Theilung war, wie ſchon eine vorige Stelle lehrt, willkührlich, doch war die Eintheilung nach Zwölftheilen oder Unzen die gewöhnlichſte. L. 13. §. 1. de hered. inſt. Paterfamilias diſtribuere hereditatem in tot partes poteſt, quot voluerit. Sed ſolennis aſſis diſtributio in duodecim vncias fit. L. 50. §. 2. eod. Hereditas plerumque dividitur in duodecim vncias, quae aſſis appellatione continentur. Habent autem et hae partes propria nomina ab vncia vſque ad aſſem. Puta haec: Sextans, quadrans, triens, quincunx, ſemis, ſeptunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Volkmann Erläut. d. Begr. Erbſch. u. ex part. u. ſucceſſ. ex tit. vniverſ. et ſingul. Die L. 50. §. 2. vorkommenden Namen heiſſen: Zwey, drey, vier, fünf, ſechs, ſieben, acht, neun, zehn, eilf, zwölf Unzen.

§. 262. Es gab einen Fall, wo ein Erblaſſer einigen Erben Unzen, andern ſchlechthin Theile angewieſen hatte. In dieſem nahm man an, die letztern Miterben ſollten zuſammen das haben, was nach Abzug der Unzen übrig blieb. Sie theilten es alsdenn unter ſich auf den Fuß, wie ſie theilen würden, wenn ſie ohne Benennung von Theilen eingeſetzt geweſen wären. L. 47. §. 2. de hered. inſtit. In teſtamento ita ſcriptum eſt: Lucius Titius ex duabus vnciis, Gajus, Attius, ex parta vna, Maevius ex parte vna, Sejus ex partibus duabus, heredes mihi ſunto. Conſulebatur, quid juris eſſet: Reſpondit, hanc ſcripturam illam interpretationem accipere poſſe, vt Lucius Titius duas vncias habeat, caeteri autem quaſi ſine partibus inſtituti, ex réliquo dextante heredes ſint. Quem dextantem ita dividi oportet, vt Sejus quincuncem, Attius et Maevius alterum quincuncem habeant.

§. 263. Der Theil, den ein Miterbe haben ſoll, kann auch remiſſive, oder per relationem, d. i. durch eine Beſchreibung oder Hinweiſung auf einen Fuß, nach welchem er zu beurtheilen und zu finden, beſtimmt werden. L. 59. §. 1. de hered. inſt. Si quis ita heredem inſtituerit: Titius, qui ex parte mihi ſocius eſt, in vectigali ſalinarum, pro ea parte mihi heres eſto: quidam putant, ſi, aſſe deſcripto, id dictum ſit, vt maxime ſocius fuerit Titius, non eſſe heredem. Sed ſi qua pars vacua relicta fuerit, ex ea heredem eſſe: Quod totum et ineptum et vitioſum eſt. Quid enim vetat, aſſe deſcripto vtiliter Titium ex parte forte quarta, ex qua ſocius erat, heredem inſtitutum eſſe? Was die, deren ſonderbare Meynung Celſus anführt, für Gründe gehabt haben mögen, iſt nicht einzuſehen. Glaubten ſie, daß der Theil nicht remiſſive beſtimmt werden könne, ſo war doch Titius wenigſtens ohne Theil ernannt. Es muſte alſo, aſſe deſcripto, für ihn ein dupondium gemacht wer-

werden, ſo wie ſie, aſſe non deſcripto, ihm die noch offene Portion gaben. Es hat aber keinen Grund, daß remiſſive der Theil nicht beſtimmt werden dürfte Kamen mehr Theile, als das Ganze enthielt, hier heraus, ſo muſte das jus decreſcendi exercirt werden.

§. 264. Wenn man auch aus der Remißion die Größe des Theils nicht erſehen kann, ſo gilt die Einſetzung dennoch, als wenn ſie ohne Theile geſchehen wäre. L. 36. de hered. inſtit. Si quis ita ſcripſerit heredem: *Ex qua parte codicillis Titium heredem ſcripſero, heres eſto:* etiam ſi pars in codicillis non fuerit adſcripta, erit tamen heres, quaſi ſine parte inſtitutus.

§. 265. Inzwiſchen waren die Rechtsgelehrten über dieſen Punkt nicht einig. Einige meynten, die Erbeinſetzung gelte in ſolchem Falle gar nicht. Andere machten einen Unterſchied, ob der Erblaſſer auf ſeine eigene Aufſätze hinwieſe: oder ob er fremde Verordnungen zum Maaßſtabe annähme, ſo daß in letzterm Falle, wenn dieſer Maaßſtab nichts ergäbe, die Einſetzung ungültig ſey, nicht aber im erſtern. Man machte auch einen Unterſchied, ob der Teſtirer auf ſeine ſchon vorhandene, oder ob er auf erſt zu machende Aufſätze verwieſe, ſo daß im erſtern Falle, wo dergleichen Aufſätze nicht vorhanden, eine Ungültigkeit anzunehmen, im letztern Falle nicht. L. 2. pr. de hered. inſtit. Circa eos, qui ita heredes inſtituti ſunt: *ex partibus, quas adſcripſero:* non putat Marcellus eos heredes, nullis adſcriptis partibus. Quemadmodum ſi ita eſſent heredes inſtituti: *Si eis partes adſcripſero.* Sed magis eſt, vt ſic vtraque inſtitutio accipiatur, ſi voluntas defuncti non refragatur: ex quibus partibus adſcripſero: ſi minus, ex aequis. Quaſi duplici facta inſtitutione. Quam ſententiam Celſus libro ſexto decimo digeſtorum probat. Aliter atque probat

bat in illa inſtitutione: *Ex qua parte me Titius heredem ſcripſit, Sejus heres eſto.* Tunc enim, ſi non eſt a Titio ſcriptus, nec Sejus ab eo. Nec immerito. Hic enim creditur ineſſe conditio. Sed Marcellus haec ſimilia putat. §. 1. eod. Poteſt autem intereſſe vtrum ita quis ſcribat: *ex his partibus, quas adſcripſi,* an: *adſcripſero:* vt ſuperiori modo dicas nullis adſcriptis partibus, nullam eſſe inſtitutionem, quomodo in illo Marcellus: *ex his partibus, ex quibus teſtamento matris ſcripti fuiſſent, heres ſunto,* ſi inteſtata mater deceſſerit, hos non eſſe inſtitutos. Marcellus behauptet, wenn alsdenn auf eine künftige Beſtimmung der Theile verwieſen worden, und ſolche nicht erfolgt war, eine Ungültigkeit. Er ſahe die Remißion als eine Bedingung an. Wenn die Bedingung nicht würklich wird, ſo entſteht eine Ungültigkeit. Aber Vlpian meynt, daß, wenn auch der Teſtirer ſich Bedingungsweiſe ausgedrückt hätte; ſo müſte man dennoch annehmen, daß bey ausfallendem Maaßſtabe, wornach die Theile zu finden, der Erblaſſer die Sache angeſehen wiſſen wollen, als wenn gar keiner Theile erwähnt worden. Er hat in der Folge die Beſtimmung der Theile nicht nöthig erachtet, weil die Geſetze ſie ſchon beſtimmen. Wenn eines Dritten Aufſatz zum Grunde genommen worden; ſo ließ er ſich, mit dem Celſus, die Ungültigkeit gefallen. Marcellus meynte das, was hier Rechtens wäre, gelte auch von Remißion auf eigene Aufſätze, nemlich, daß auch hier eine Ungültigkeit zu behaupten wäre. Marcellus haec ſimilia putat. Superiori modo, in §. 1. heiſt im erſten Falle. Vlpian ſcheint dem Unterſchied zwiſchen Remißion auf künftige und auf vergangene Aufſätze zugethan geweſen zu ſeyn. Auf ſolche Art hat er auch in L. 36. de hered. inſt. adſcripſero als das Futurum angeſehen. Die Meynung war wohl die vernünftigſte, nach welcher auf alle Fälle die Einſetzung als ohne Theile geſchehen angeſehen wurde,

de, wenn eine Remiſsion auf andere Aufſätze geſchehen, und dieſe ſich nicht fanden. Wenigſtens waren die Grundſätze von einer falſa demonſtratione bey verbis praeteriti temporis dem Vlpian zuwider. Wenn auf eines Dritten Aufſatz die Remiſsion geſchehen, ſo ſcheint Vlpian dem Celſus beygeſtimmt zu haben. Es iſt aber auch nicht viel Urſach vorhanden, beym Ausfall der Remiſsion hier mit dem Celſus eine Ungültigkeit anzunehmen. Auch hier iſt blos falſa demonſtratio. A. Faber Err. pragm. D. 36. E. 1. findet überall die Hand des Tribonian. Marcellus hatte nach ihm Recht, daß er bey Remiſsion auf künftige Fälle eine Bedingung annahm, es mochte ſi adſcripſero, oder quas adſcripſero heiſſen. Auf vergangene Fälle remittiren, die ſich nicht fanden, machte hingegen nur eine falſche Demonſtration, wie auch nach L. 9. §. 12. ff. de hered. inſtit. eine gleiche Theilung geſchehen müſſe, wenn die de praeterito angewieſenen Theile ſich nicht fänden. Geſchieht die Remiſſion auf die Handlung eines andern, ſo iſt, wie er meynt, allemal eine Bedingung, es mag die vergangene oder künftige Zeit erwähnt ſeyn. Tribonian hat hier, ſagt er, des Vlpians Namen gemißbraucht. Im Fall, wo geſagt war: ex his partibus, ex quibus teſtamento matris ſcripti fuiſſent, war nach ſeiner Meynung Marcellus billig des Dafürhaltens, daß eine Bedingung vorhanden ſey, weil hier auf eines Dritten Handlung verwieſen worden. Dann konnte alſo kein Schluß auf die eigne Handlung des Erblaſſers gemacht werden. Cheſi in Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 25. ſq. widerſpricht dem Faber, und lehrt, wenn auf künftige Anweiſung der Theile verwieſen werde, ſo ſey die Bedingung nicht der Erbeinſetzung, ſondern nur der Theilung beygefügt Falle daher die Theilung weg, ſo beſtehe die Erbeinſetzung doch noch, und zwar ohne Theile. Wenn auf ſchon geſchehene Theilbeſtimmung verwieſen werde, ſo ſey die Sache gleich von

Anfange

Anfange ungültig, wofern die Beſtimmung nicht vorhanden, weil die Verweiſung dahin einen Nutzen haben müſſe. Sie hat aber auch bey den Grundſätzen von der falſchen Demonſtration einen Nutzen, nemlich den, daß es nach der Verweiſung geht, wenn ſich der Maaßſtab findet. Wenn er ſich nicht findet, braucht ſie keinen Nutzen zu haben. Unterweilen muß man durch künſtliche Berechnung die Theile herausbringen, welche der Teſtirer in dem vorkommenden Falle jedem Miterben geben wollen. L. 81. pr. de hered. inſtit. Clemens Patronus teſtamento caverat, vt ſi ſibi filius natus fuiſſet, heres eſſet: ſi duo filii, ex aequis partibus heredes eſſent: ſi duae filiae, ſimiliter: ſi filius et filia, filio duas partes, filiae tertiam dederat. Duobus filiis et filia natis: quaerebatur, quemadmodum in propoſita ſpecie partes faciemus, cum filii debeant pares eſſe, vel etiam ſinguli duplo plus, quam ſoror, accipere. Quinque igitur partes fieri oportet, vt ex his binas maſculi, vnam foemina accipiat. Die Proportion war ſehr natürlich, da ſie aus den Sätzen, ſo der Erblaſſer angenommen, floß. Unterweilen läßt ſich aus den Umſtänden der Theil, den jeder Miterbe bekommen ſoll, muthmaſſen. L. 7. §. 2. ff. de reb. dub. Quaeſitum eſt, ſi coheredes ex diſparibus ſcripti ſint, vtrum partem ſuam in viriles partes reſtituere ſingulis debeat, an pro portionibus hereditariis, ex quibus heredes ſcripti ſunt. Et placuit, ſi teſtator ita reſtitui juſſiſſet partem, ſi aliquam pecuniam dediſſent, ſiquidem aequas partes juſſi fuerint dare, conveniens videri eſſe, etiam ex fideicommiſſo aequas partes eis reſtitui oportere: Si vero diſpares in ea pecunia diſtribuenda ſignificavit teſtator, vt videantur hereditariis portionibus congruere, conſentaneum eſſe, etiam fideicommiſſum pro hereditariis partibus eis reſtitui debere. Wenn ein Miterbe ſeinen übrigen Miterben ſeinen Antheil als Fideicommiß wieder abliefern ſoll, ſo fragt ſich, ob

ob zu gleichen Theilen, oder nach Proportion der Erbeinſetzung ſolches geſchehen ſolle. Müſſen ihm die Fideicommiſſarien für die Reſtitution Geld geben, ſo kommt es auf die Proportion des Geldes an, ſo jeder geben ſoll. Dieſe beſtimmt auch die Proportion der zu reſtituirenden Theile. Iſt kein Geld dafür zu geben, ſo geht es nach Proportion der Erbeinſetzung. L. 1. C. de Imp. et al. ſubſt. L. Lucius §. Praeter et §. Maevia ad SCt. Trebell.

§. 266. Wenn einigen Erben Theile angewieſen ſind, andern nicht, ſo bekommen die, welchen dergleichen nicht angewieſen ſind, wie ſchon oben geſagt, das Uebrige. §. 6. I. de hered. inſtit. Si plures inſtituantur heredes, ita demum in hoc caſu partium diſtributio neceſſaria eſt, ſi nolit teſtator, eos aequis partibus heredes eſſe. Satis enim conſtat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes eſſe. Partibus autem in quorumdam perſonis expreſſis, ſi quis alius ſine parte nominatus erit, ſi quidem aliqua pars aſſi deerit, ex ea parte heres fit. Et ſi plures ſine parte ſcripti ſunt, omnes in eamdem partem concurrunt. Si vero totus as completus ſit, ii, qui nominatim expreſſas partes habent, in dimidiam partem vocantur, et ille vel illi omnes, in alteram partem dimidiam. Nec intereſt, primus, an medius, an noviſſimus ſine parte heres ſcriptus ſit: ea enim pars data intelligitur, quae vacat L. 17. pr. ff. eod. Item, quod Sabinus ait, *Si cui pars appoſita non eſt*, excutiamus. Duos ex quadrantibus heredes ſcripſit, tertium ſine parte. Quod aſſi deeſt feret. Hoc et Labeo.

§. 267. Es iſt bey dieſer Art der Vertheilung einerley Rechtens, ob diejenigen, welche neben andern mit Theilen verſehenen Miterben, ohne Theile ernannt ſind,

vor, oder hinter, oder unter jenen gemiſcht, ſtehen L. 20. pr. de hered. inſtit. Quo loco ſcribatur heres ſine parte, vtrum primo, an medio, vel noviſſimo: nihil intereſt.

§. 268. Wenn in dieſem Falle, da einigen Theile angewieſen waren, andern nicht, für die lezten nichts übrig blieb; ſo war der Unterſchied zu beobachten, ob den leztern ausdrücklich mit der Benennung des Uebrigen ihr Antheil angewieſen war oder nicht. In jenem Falle erhielten ſie nichts. L. 17. §. 3. de hered. inſtit. Sed ſi, aſſe expleto, alium ſine parte heredem ſcripſerit, in alium aſſem veniat. Aliter atque ſi ita ſcripſiſſet, expleto aſſe: *Ex reliqua parte heres eſto.* Quoniam, cum nihil reliquum eſt, ex nulla parte heres inſtitutus eſt.

§. 269. Es konnte aber im Gegentheil ſich auch zutragen, daß der, dem das Uebrige vermacht war, dennoch etwas, oder gar alles erhielt. Wenn nemlich von denen zu beſondern Theilen angewieſenen einige, oder wenn ſie alle ausfielen, und nichts bekamen, ſo fiel das offen gewordene Erbe dem zum Uebrigen angewieſenen Miterben zu. L. 2. C. de hered. inſtit. Pater tuus ſi ex reſidua parte heres inſtitutus eſt, quam alter heres ſcriptus capere non poterat, isque ad nullam partem hereditatis per conditionem ſuam admitti potuit: ex aſſe heres exſtitit. Nam reſidua commemoratio, etiam totum admittit.

§. 270. Wenn hingegen ohne Benennung der Uebrigen der, für welchen nichts übrig blieb, unter die Erben ohne Theile geſezt war; ſo wurde der Nenner des vom Erblaſſer gemachten Bruchs nochmals zu ſich ſelbſt gerechnet, und dergeſtalt derſelbe gröſſer, die Theile aber

um ſo kleiner gemacht. Z. E. aus Drittheilen wurden Sechstheile. Alſo blieb nun die ganze Hälfte des Nachlaſſes für den übrig, der ohne Theile ernannt war. Das hieß, man machte aus dem As ein Dupondium. Wenn der vom Erblaſſer gemachten Theile ſo viel waren, daß für die ohne Theile beygefügten Miterben noch nichts übrig blieb, ſo wurde der Bruch des Teſtaments nochmals zu ſich gerechnet. Z. E. aus Drittheilen wurden nun Neuntheile. Daß einige das tripondium mit Unrecht darin ſetzen, wenn man die Hälfte der ganzen Erbſchaft demjenigen giebt, welchem zu Gute das Tripondium gemacht wird, und die andre Hälfte unter die andern Erben vertheilt, welche aſſem und dupondium bekommen ſollten, ſehe man bey A. Faber Conjeᴄt. L. 5. c. 20. So ging es bey noch fernern Mangel abermals und nochmals. Das hieß, man machte nun ein tripondium, quadripondium u. ſ. w. Was denn übrig blieb, erhielten die Miterben, ſo ohne Theile da ſtanden. §. 8. I. de hered. inſtit. Et ſi plures vnciae, quam duodecim diſtributae ſint, is, qui ſine parte inſtitutus eſt, quod dupondio deeſt habebit. Idemque erit, ſi dupondius, expletus ſit. Quae omnes partes ad aſſem poſtea revocantur, quamvis ſint plurium vnciarum. L. 17. §. 4. eod. Sed ſi expleto aſſe duo ſine partibus ſcribuntur: vtrum in ſingulos aſſes iſti duo, an in vnum aſſem conjungantur, quaeritur. Et putat Labeo, et verius eſt, in vnum aſſem venire. Nam et ſi vnus ſine parte, duo conjunctim ſine parte inſtituantur: non tres trientes fieri, Celſus libro ſextodecimo ſcripſit, ſed duos ſemiſſes §. 5. eod. Quod ſi quis dupondium diſtribuit, et tertium ſine parte inſtituit: hic non in alium aſſem ſed in trientem venit, vt Labeo quarto poſteriorum ſcripſit. Nec Ariſto vel Aulus, vtpote probabile, notant. L. 18. eod. Sabinus: Quaeſitum eſt, ſi plus aſſe paterfamilias diſtribuiſſet, et aliquem ſine parte feciſſet heredem:

 redem:

redem: vtrumque is aſſem habiturus, foret, an id duntaxat, quod ex dupondio deeſſet, et hanc eſſe tolerabiliſſimam ſententiam puto: vt eadem ratio in dupondio omnique re deinceps, quae in aſſe, ſervetur. Paulus: Eadem ratio, èſt in ſecundo aſſe, quae in primo. L. 20. §. 1. eod. Si jam mortuo quadrans, alii dodrans datus ſit: et alius ſine parte ſcriptus ſit: Labeo ait, eum, qui ſine parte heres inſtitutus ſit, alterum aſſem habiturum. Et hanc mentem eſſe teſtantis. Quod et Iulianus probat. Et verum eſt. L. 87. eod. Ex vnciis ſex primo herede inſtituto, ſecundo ex octo, ſi tertius ex reſidua parte, vel nulla portionis facta mentione heres inſtituatur: quinque vncias hereditatis tertius habebit. In viginti quatuor etenim partes hereditate diſtributa, tertio ratio calculi, veluti ex decem partibus inſtituto, quinque vncias adſignavit. Paul Sent. L. 3. tit. 4b. de Inſtit. hered. §. 6. In quot vult vncias teſtator, hereditatem ſuam dividere poteſt. Impleto aſſe, ſine parte heredes inſtituti, ad prioris aſſis ſemiſſem aequis portionibus veniunt. Wenn durch die erſtere Vergröſſerung des Bruchs die Maſſe gleichſam in zwey Theile getheilt wurde, ſo hieß die dadurch gewonnene, nun zu vertheilende neue Hälfte as ſecundus. Wenn der Erblaſſer durch angewieſene Theile nicht nur das Ganze erſchöpft, ſondern es ſchon überſtiegen hatte; ſo bekamen denn die ohne Theile ernannten, das, was vom aſſe ſecundo für ſie übrig blieb. Z. E. wenn der Erblaſſer 9 Achttheile vertheilt, und noch andere Miterben ohne Theile beygefügt hat; ſo werden Sechzehntheile gemacht. Von dieſen kommen 9 Theile auf die, welchen Theile angewieſen ſind, 7 Sechzehntheile aber erhalten die andern Miterben. Sind unter den Miterben, die am aſſe ſecundo Antheil haben, einige, welche näher durch Abſatz der Rede oder Collectivnamen verbunden ſind, ſo bekommen dieſe zuſammen Einen Theil, wie beym aſſe primo gewöhn-

wöhnlich iſt. §. 8. I. heiſt: Quae omnes partes etc. vermuthlich ſo viel, als, es bleibe die Erbſchaft, wie ein As anzuſehen, wenn man gleich mehrere Aſſes ſich vorſtellte. L. 17. §. 4. iſt die Frage: ob, wenn mehrere, nach ſchon erſchöpften Ganzen, ohne Theile genannt worden, einem jeden zu Gefalle ein neuer as angenommen, alſo da deren zwey ſind, ſtatt des dupondii ſogleich ein tripondium gerechnet werde. Die Frage wird verneint, und müſſen ſich die mehrern ohne Theile genannten Miterben, welche vom erſten aſſe nichts erhalten, in den zweyten aſſem theilen. Nam et ſi etc. heiſt: Denn bey dem primo aſſe iſt es auch ſo, daß, wenn ein ohne Theil benannter Miterbe in einem Satze allein ſteht, und andere ohne einen gewiſſen Theil zuſammen in einem andern Satze genannt ſind, dieſe zuſammen nur die Hälfte bekommen. Der Grund iſt ſchlecht ausgedacht, weil er nicht concludent iſt. Es ſollte heiſſen: Wenn bey dem primo aſſe ein Miterbe mit einem gewiſſen Theile ernannt iſt, andere hingegen ohne einen gewiſſen Theil da ſtehen; ſo bekommen dieſe das Uebrige. Wenn man ein dupondium macht, ſo bleibt ſchon etwas für die ohne Theil genannten Miterben übrig. Alſo müſſen ſich dieſelben darin ebenfalls theilen. §. 5. heiſt: hic non in alium aſſem etc. ſo viel, als: der Dritte bekomme nicht die Hälfte der Erbſchaft, wie der, welcher expleto aſſe primo noch ohne Theile genannt iſt: ſondern nur den dritten Theil der Erbſchaft oder den Reſt des Tripondii. Nec Ariſto etc. heiſt: Ariſto und Aulus Caſcellius haben nichts dawider zu erinnern, da es gute Gründe für ſich hat. Ariſto hat über die Libros Poſteriorum Labeonis geſchrieben, darauf zielt vermuthlich die Anmerkung. Vom Caſcellius iſt aber nicht bekannt, daß er über des Labeo Werke Noten gemacht. cf. I. A. Roel diſſ. ad L. 17. §. 5. de her. inſt. Es iſt wunderbar, daß Hotomann Obſ. L. 8. c. 2. dem Dritten gegen dieſe klare Stelle die Hälf-

Hälfte der Erbſchaft geben, und ſtatt trientem eine andere Leſart: treſſem, oder tripondium annehmen wollen, die ihm doch nicht helfen würde. Was L. 18. geſagt worden, iſt das, was L. 17. §. 4. geſagt werden ſollen, aber ſchlechter geſagt iſt. Die Entſcheidung L. 20. §. 1. iſt merkwürdig. Wenn der erſte As erſchöpft iſt, und doch noch ohne Theile Erben ernannt ſind, von den Erben aber, ſo am erſten aſſe Theile bekommen haben, einige abgegangen ſind, ſo ſollte man glauben, daß es nun nicht nöthig ſey, ein dupondium zu machen. Die ohne Theile genannten Erben, könnten nun das hinnehmen, was durch den Abgang einiger Miterben offen geworden. Aber die Alten entſchieden die Sache anders. Es ſteht einmal veſt, daß, nachdem der Erblaſſer das Ganze erſchöpft hat, ein dupondium gemacht werden muß. Alſo bekommen z. E. Cajus ſtatt 2 Drittheile, 2 Sechstheile, und Titius ſtatt 1 Drittheil, 1 Sechstheil; Sempronius aber, der ohne Theile genannt iſt, erhält 3 Sechstheile oder die Hälfte. Durch den Abgang des Titius iſt ein Sechstheil eröfnet. Dieſes Sechstheil fällt jure accreſcendi dem Cajus und Sempronius ſo zu, daß jener 2, dieſer aber 3 Fünftheile davon bekommt. Bey L. 87. iſt merkwürdig, daß, wenn der Erblaſſer ſchon das Ganze durch Theile überſchritten und doch noch Miterben ohne Theile genannt hat, es dieſen nicht ſchade, daß ihnen ausdrücklich das Uebrige vermacht iſt. Ohnerachtet nichts übrig iſt, bekommen ſie doch etwas. Vorjezt iſt freylich nichts übrig. Es muß aber wegen der zu vielen Theile eine Minderung derſelben ſchon ohnedem vorgenommen werden. Deshalb wird ein dupondium gemacht, und da nach Abfindung derer, welchen gewiſſe Theile gegeben ſind, noch etwas übrig iſt, ſo erhalten dieſes die ohne Theile genannten und auf das Uebrige angewieſenen Miterben.

§. 271.

§. 271. Hieher gehört auch L. 53. de hered. inſt. Lucius Titius Sejo et Sempronio ex ſemiſſibus heredibus inſtitutis, et caeteris exheretatis, invicem heredem ſubſtituit. Deinde legata et libertates dedit. Poſtea ita ſubjecit: *Cornelius et Saluſtius et Varo aequis partibus heredes ſunto, quos invicem ſubſtituo.* Quaero, quantum vel priores duo ex ſemiſſibus inſtituti, vel poſteriores habere debeant. Marcellus reſpondit, in obſcuro eſſe Cornelium et Saluſtium et Varonem, primo, an ſecundo vel tertio gradu heredes inſtituere voluerit: ſed ſecundum ſcripturam teſtamenti, quae poneretur, alterum aſſem datum eis videri. Aus der ſpecie facti gehört nur zur Sache, daß Sejus et Sempronius jeder zu 6 Unzen, dann wieder Cornelius, Saluſtius et Varo zuſammen, ohne beſtimmte Theile ernannt ſind. Hier war alſo bey Sejo und Sempronio das Ganze erſchöpft, und doch waren noch Mit-Erben ohne Theile beygefügt, für welche alſo ein as ſecundus gemacht werden muſte. Dieſe Stelle lehrt übrigens, daß auch in den alten Zeiten, wenn eine Erbeinſetzung vor den Legatis geſchehen war, nach den Legatis noch eine Erbeinſetzung geſchehen konnte. Nach den Legatis die erſte Erbeinſetzung anzufangen war unerlaubt.

§. 272. Sind allen Miterben Theile gegeben, ſie überſchreiten aber das Ganze, ſo werden ſolche ſo weit gemindert, daß das Ganze ſie faſſen kann. Es bleibt übrigens die vom Erblaſſer beliebte Proportion. L. 13. §. 4. de hered. inſtit. Sed ſi exceſſerit in diviſione duodecim vncias, aeque pro rata decreſcet. Vtputa me ex duodecim vncis heredem, te ex ſex ſcripſit. Ego hereditatis habeo beſſem, tu trientem. §. 5, eod. Sed ſi duos ex aſſe heredes ſcripſit, alios ex duodecim vnciis, an aeque diſtributio fiat, apud Labeonem libro quarto poſteriorum quaeritur. Et putat Labeo, et illos ex ſemiſſe, et hos, qui ex duo-

decim vnciis ſcripti ſunt, ex ſemiſſe heredes fore. Cui ſententiae adſentiendum puto §. 6. eod. Sed ſi duos ex aſſe heredes inſtituerit, tertium autem ex dimidia et ſexta: eodem libro Labeo ait in viginti vncias aſſem dividendum, octo laturum ex dimidia et ſexta ſcriptum, illos duos duodecim. Die Entſcheidung §. 5. gründet ſich darauf, daß die erſten zwey Erben in einem Satz der Rede verbunden waren, alſo zuſammen eine Portion erhalten mußten §. 6. ſind die zwey erſten zu 12. Unzen gerufen, der dritte zu 6 und 2 Unzen, oder zuſammen zu 8 Unzen. Dies ſind zuſammen genommen 20 Unzen, oder Theile. In ſo viele wird alſo die Erbſchaft getheilt, und der leztere Erbe bekommt 8 davon, die beyden erſten erhalten 12 Theile zuſammen.

§. 273. Hieher gehört auch L. 13. §. 7. de hered. inſtit. Apud eundem refertur. *Titius ex parte tertia:* deinde aſſe expleto: Idem *ex parte ſexta.* In quatuordecim vncias hereditatem dividendam, Trebatius ait. Nach Erſchöpfung der 12 Unzen, waren dem Titius noch 2 Unzen gegeben, alſo 14 Unzen gemacht, welche alſo nun 14 Vierzehn-Theile machten, ſtatt der vom Erblaſſer gerechneten Zwölf-Theile.

§. 274. Eben ſo gehört hieher. L. 15. §. 1. de hered. inſtit. Idem eodem libro ſcripſit: ſi primus ex ſemiſſe, ſecundus ex ſemiſſe: ſi primus heres non erit, tertius ex dodrante ſubſtitutus ſit, facti quidem quaeſtionem eſſe. Verum recte dicitur, ſi quidem primus adierit, aequales partes habituros. Si repudiaverit, quindecim partes futuras: ex quibus novem quidem laturum tertium, ſex ſecundum. Hier erhielt Secundus ſeine angewieſenen Theile, wenn Primus miterbte. Wenn dieſer ausfiel, erhielt Tertius 9 Unzen, und Secundus ſollte 6 Unzen haben. Das waren alſo 15 Unzen, oder

nun-

nunmehro Funfzehntheile, wovon Tertius 9. Secundus 6 erhielt.

§. 275. Weil aber der Subſtitut nicht mehr bekommen kann, als der Inſtitut hatte; ſo giebt Iulian der Sache eine artige Wendung L. 16. de hered. inſtit. Nam tertium et inſtituti et ſubſtituti perſonam ſuſtinere: in tres partes inſtitutum videri, in ſex ſubſtitutum. Sechs Theile hatte der Inſtitut, und dieſe fielen auf den Subſtitutum. Er ſollte aber 9 Theile haben. Alſo waren die übrigen 3 Theile Inſtitution, nicht Subſtitution.

§. 276. Ferner iſt hieher zu ziehen L. 47. §. 1. de hered. inſtit. Quidam teſtamento ita heredes inſtituit: Titia filia mea heres eſto. Si quid mihi liberorum, me vivo mortuove, naſcetur; tunc qui virilis ſexus vnus pluresve naſcentur, ex parte dimidia et quarta: qui foeminini ſexus vna pluresve natae erunt, ex parte quarta mihi heres ſit. Poſtumus ei natus eſt. Conſulebatur, quota ex parte poſtumus heres eſſet. Reſpondit, eam hereditatem in ſeptem partes diſtribuendam. Ex his filiam quatuor, poſtumum tres habituros, quia filiae totus as, poſtumo dodrans datus eſt. Vt quarta portione amplius filia, quam poſtumus ferre debeat. Ideo ſi poſtuma quoque nata eſſet: tantundem ſola filia, quantum vterque poſtumorum habituri eſſent. Itaque in propoſito cum as filiae, dodrans poſtumo ſit datus, viginti vnam partes fieri: vt filia duodecim, novem filius habeat. Africanus nahm an, daß der Tochter der ganze as oder 12 Unzen vermacht worden. Dem Poſtumo waren 9 Unzen (pars dimidia et quarta) vermacht. Dies ſind 21 Theile. Davon bekommt die Tochter 12, der Poſtumus 9, oder die Tochter 4, der Poſtumus 3, welches einerley Proportion iſt.

War zugleich eine Poſtuma geboren; ſo ſollte dieſe 3 Unzen bekommen, welche mit den 9 Unzen des Poſtumi zuſammen 12 Unzen machten. Beyde bekamen alſo zuſammen ſo viel, als die Tochter allein. Aber Africanus hat ohne Grund angenommen, daß der Tochter 12 Unzen vermacht waren. Sie war vielmehr ohne Theile zur Erbin ernannt. Bey der Geburt des Poſtumi muſte ſie alſo billig 3 Unzen, und bey der Geburt der Poſtumae 9 Unzen bekommen. Wenn ein Poſtumus und eine Poſtuma zugleich geboren wurden, müſte ein Dupondium gemacht, und der Tochter as ſecundus gegeben werden. Daran hat Africanus nicht gedacht. Unſerer Meinung iſt Iuſtinian L. 23. C. de Leg. beygetreten, dabey es alſo um ſo mehr verbleiben muß.

§. 277. Auch gehört hieher L. 13. §. 5. de hered. inſtit. Sed Si duos ex aſſe heredes ſcripſit, alios ex duodecim vnciis, an aeque diſtributio fiat, apud Labeonem libr. IV. poſteriorum quaeritur? Et putat Labeo et illos ex ſemiſſe, et hos, qui ex duodecim vnciis ſcripti ſunt, ex ſemiſſe heredes fore: cui ſententiae adſentiendum puto. Es waren hier zweyerley Erben; und jeder Parthey war das ganze vermacht. Weil es nicht zwey Ganze giebt, ſo muſten dafür 2 Hälften angenommen werden.

§. 278. Ingleichen iſt hieher zu rechnen L. 13. §. 6. de hered. inſtit. Sed ſi duos ex aſſe heredes inſtituerit, tertium autem ex dimidia et ſexta, eodem libro Labeo ait, in viginti vncias aſſem dividendum. Octo laturum ex dimidia et ſexta ſcriptum, illos duos duodecim. As iſt ſo viel, als 12 Theile, dimidia 6 Theile, und ſexta 2 Theile. Dieſe zuſammen machen 20 Theile. Weil es nun nicht 20 vncias giebt, ſo müſſen 20 viceſimae gemacht, und ſolche nach der vom Erblaſſer gemachten Theilung diſtribuirt werden.

§. 279.

§. 279. Wenn die vom Erblaſſer gemachten Theile das Ganze nicht erſchöpfen, ſo fällt das, was übrig iſt, den auf Theile angewieſenen Erben pro rata zu §. 7. J. de hered. inſtit. Videamus, ſi pars aliqua vacet, nec tamen quisquam ſine parte ſit heres inſtitutus, quid juris ſit, veluti ſi tres ex quartis partibus heredes ſcripti ſunt? Et conſtat vacantem partem ſingulis tacite, pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi, ac ſi ex tertiis partibus heredes ſcripti eſſent. Et ex diverſo, ſi plures heredes ſcripti in portionibus ſint, tacite ſingulis decreſcere; vt, ſi (verbi gratia) quatuor ex tertiis partibus heredes ſcripti ſunt, perinde habentur ac ſi vnusquisque ex quarta parte heres ſcriptus fuiſſet L. 13. §. 2. eod. Denique ſi minus diſtribuit; poteſtate juris in hoc revoluitur. Vtputa ſi quos heredes ex quadrante ſcripſerit. Nam hereditas ejus reſidua accedit, vt ex ſemiſſibus videantur ſcripti. §, 3. eod. Sed ſi alter ex quadrante, alter ex ſemiſſe, heredes ſcripti ſunt; qui accedit quadrans, pro partibus hereditariis eis accreſcit. L. 13. §. 2. muß bey poteſtate juris in hoc revovitur, in Gedanken reſiduum beygefügt werden, ſonſt kommt kein Verſtand heraus. §. 3. wird der erſtere ein Drittheil, und der leztere zwey Drittheile von der ledigen Portion bekommen.

§. 280. Wenn der Erblaſſer ſeinen Erben erſt ungleiche Theile gegeben, hinterher aber in eben dem Teſtamente die Theile gleich gemacht; ſo gieng es natürlich nach der lezteren Verbeſſerung des erſteren Willens L. 12. de hered. inſtit. Si inaequalibus partibus datis, ita adjiciatur: Quos ex diſparibus partibus heredes inſtitui, aeque heredes ſunto: exiſtimandum eſt, exaequari eos; ſcilicet ſi hoc ante peractum teſtamentum ſcriptum ſit. Der Zuſaz: ſcilicet etc. geht dahin, daß nach Vollendung der Teſtaments Handlung die Abänderung

tung der Theile ohne eine neue feuerliche Teſtaments Handlung nicht geſchehen könne.

§. 281. Wenn man Jemand aus Irrthum unter den Erben ernannt, ſo iſt es natürlich, daß dieſer nicht Erbe werde, da der Wille des Erblaſſers für ihn nicht iſt L. 9. §. 7. de hered. inſtit. Sed ſi, cum Primum heredem ex parte dimidia ſcribere deſtinaſſet, Primum et Secundum ſcripſit: ſolus Primus ſcriptus heres videbitur, et ſolus heres exiſtet, quaſi ex parte dimidia inſtitutus. Es war vermuthlich noch ein Tertius zur andern Hälfte übrig.

§. 282. Iſt ein anderer als der, welchen der Teſtirer in Gedanken gehabt, aus Irrthum in das Teſtament gefloſſen, und von ihm niedergeſchrieben worden; ſo bekommt weder der genannte Erbe, noch der, welchen der Erblaſſer nennen wollen, etwas von der Erbſchaft L. 9. pr. de hered. inſtit. Quoties volens alium heredem ſcribere alium ſcripſerit, in corpore hominis errans: (veluti: Frater meus, patronus meus) placet, neque eum heredem eſſe, qui ſcriptus eſt, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam ſcriptus non eſt.

§. 283. Es geht hier, wie nach L. 4. de L. 1. bey dem Irrthum in Benennung der vermachten Sachen, davon auch L. 9. §. 1. de hered. inſtit. Et ſi in re quis erraverit (vtputa dum vult lancem relinquere, veſtem leget; neutrum debebit. Hoc, ſive ipſe ſcripſit, ſive ſcribendum dictaverit.

§. 284. Iſt ein Fehler darin begangen, daß der Erblaſſer einen andern Theil dem Erben im Teſtamente gegeben hat, als er ihm zugedacht hatte, ſo wird der Theil

Theil angenommen, welchen der Teſtirer geben wollen, nicht der, welchen er würklich gegeben L. 9. §. 2. de hered. inſtit. Sed ſi non in corpore, erravit: ſed in parte: (puta cum dictaſſet, ex ſemiſſe aliquem ſcribi, ex quadrante ſit ſcriptus) Celſus libro duodecimo quaeſtionum digeſtorum vndecimo, poſſe defendi ait, ex ſemiſſe heredem fore, quaſi plus nuncupatum ſit, minus ſcriptum. Quae ſententia reſcriptis adjuvatur generalibus. Idemque eſt, et ſi ipſe teſtator minus ſcribat, cum plus vellet adſcribere. § 3. *eod.* Sed ſi majorem adſcripſerit teſtamentarius, vel (quod difficilius eſt probatione) ipſe teſtator: vt pro quadrante ſemiſſem: Proculus putat, ex quadrante fore heredem, quoniam ineſt quadrans in ſemiſſe. Quam ſententiam Celſus probat. §. 4. *eod.* Sed ſi quis pro centum ducenta per notam ſcripſiſſet, idem iuris eſt. Nam et ibi vtrumque ſcriptum eſt, et quod voluit, et quod adjectum eſt. Quae ſententia non eſt ſine ratione cf. Averan. Interp. L. 4. c. 16. Daß bey irriger Erwähnung eines gröſſern Theils der kleinere, ſo gemeint worden, angenommen werde, war den Alten leichter zu behaupten, weil ſie lehrten, daß der kleinere in dem gröſſern ſtecke. Aber daß umgekehrt, auch der gröſſere Theil paſſire, der geſezt werden ſollen, wenn gleich nur ein kleiner Theil ausgedruckt war, hatte mehr Schwierigkeit. Daher ſich vermuthlich der Rechtsgelehrte auf kayſerl. Reſcripte beruft.

§. 285. Die Erbeinſetzung muß zwar im Teſtamente geſchehen, der Name des Erben kann jedoch dem Codicill oder ſonſt einer ſichern Beſtimmung überlaſſen, und dahin im Teſtamente verwieſen und ſich bezogen werden. Baſtinell. de teſtam. myſt. Grupen, Bauer, dito. Pesler de teſtam. arcano Willenb. de teſtam. implic. Link de valore Schedul. et not. a teſt. vlt. vol. adject. Rivin. de

de Sched. teſtam adject. Wieſen de teſtam. arcan. L. 77. de hered. inſtit. Aſſe toto non diſtributo, ita ſcriptum eſt: *quem heredem codicillis fecero, heres eſto.* Titium codicillis heredem inſtituit. Ejus quidem inſtitutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non poſſit, tamen haec ex teſtamento data videtur. Sed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex aſſe reſiduum manſit. Der Zuſatz: Sed hoc tantum etc. iſt überflüſſig, weil es nicht anders ſeyn würde, wenn der Name im Teſtamente ſtünde. Daß ein Erbe, der nur einen Theil bekommen ſoll, hier erwähnt wird, iſt blos von ohngefähr. Eben ſo iſt die Erwähnung des Codicills auſſerweſentlich, weil es anzuſehen, als ob der Name im Teſtamente ſtünde. Die Codicille erforderten ohnedem zu Papinians Zeiten noch gar keine Solennität cf A. Faber Err. pragm. D. 69. E. 3. Dieſer verlangt, daß bey einem geſchriebenen Teſtamente der Name des Erben auch ſchriftlich beſtimmt ſeyn müſſe. Eine mündliche Bekanntmachung deſſelben ſey hier nicht gültig. Der Beweis iſt aber nicht erheblich. Bey einem mündlichen Teſtamente will er die Remiſſion auf etwas auſſer dem Teſtamente nicht gelten laſſen, weil da der Name des Erben palam bekannt gemacht werden müſſe, und ſo daß die Zeugen ihn hören E. 4. Dieſe bekannte Gründe ſind aber längſt zu leicht befunden.

Zweyte

Zweyte Section.

Die mit Bedingungen oder ähnlichen Zuſätzen verknüpfte Erbeinſetzung.

Erſter Abſatz.

Von der Bedingung.

§. 286. Fall, wo die Erbeinſetzung in einerley Teſtament bedingt und unbedingt zugleich gemacht iſt. §. 287. Wenn dem Erben einerley mehrmals mit verſchiedenen Bedingungen verlaſſen iſt, ſo kommt es blos auf die zuerſt würklich werdende Bedingung an. §. 288. Eben dem Erben kann ein Theil bedingt und ein anderer Theil unbedingt verlaſſen werden. §. 289. Der Teſtaments-Einſetzung kann im Codicill keine Bedingung beygefügt werden. §. 290. Wie, wenn aus Jrrthum eine Bedingung beygefügt, oder weggelaſſen iſt? §. 291. Wenn ſie aus Jrrthum ausgeſtrichen oder geändert iſt. §. 292. Mehrere Bedingungen worden copulative oder alternative beygefügt. §. 293. Von der innerlichen Bedingung. §. 294. Fall, wo eine Bedingung vermuthet wird. §. 295. Würkung in Anſehung des Miterben in dieſem Falle. §. 296. Fortſetzung. §. 297. Fernerer Fall einer vermutheten Bedingung. §. 298. Unterſchied zwiſchen Bedingungen der Zukunft und andern. §. 299. Eintheilung der Bedingungen in poteſtativas caſuales und mixtas. §. 300. Eine Bedingung, zu deren Würklichkeit eines dritten Einwilligung gehört, iſt nicht unzuläſſig. §. 301. Eintheilung der Bedingungen in mögliche und unmögliche. §. 302. Von ſchändlichen, lächerlichen und verworrenen Bedingungen. §. 303. Unmögliche Bedingungen ſind anzuſehen, als ob ſie nicht vorhanden. §. 304. Von verneinender Beyfügung der unmöglichen Bedingung. §. 305. Die Erbeinſetzung wird durch die unmögliche Bedingung nicht ungültig. §. 306. Unerlaubte Bedingungen ſind, wie ohnmögliche. §. 307. Eines Sui Einſetzung wird durch beygefügte ohnmögliche Bedingung ungültig. §. 308. Lächerliche Bedingungen ſind, wie ohnmögliche. §. 309. Captatoriſche Erbeinſetzung iſt verboten. §. 310.

Es

Es iſt einerley, ob der ernannte Erbe oder ein Dritter mir gegenſeitig etwas verlaſſen ſoll. §. 311. Bedingung, daß des Erblaſſers Gebeine oder Aſche ins Meer geworfen werden ſollen. §. 312. Daß der Erbe zu etwas ſich eidlich verpflichten ſolle. §. 313. Das, was der Erblaſſer zu thun befohlen, muß ohne Eyd geſchehen. §. 314. Auch bey Vermächtniſſen fällt die Bedingung des Eides weg. §. 315. Jngleichen bey Fideicommiſſen. §. 316. Und bey Schenkungen von Todes wegen. §. 317. Nicht bey Verträgen. §. 318. Der Eyd wird erlaſſen, wenn auch noch eine andere Bedingung alternative daneben vorhanden. §. 319. Die Bedingung des Eydes iſt ipſo iure erlaſſen. §. 320. Die Bedingung wegen der Legatarien Verſicherung zu geben iſt ebenfalls unterſagt. §. 321. Jngleichen die Bedingung, daß ein anderer in die Erbeinſetzung willige. §. 322. Verworrene Bedingung macht die Erbeinſetzung ungültig. §. 323. Verkehrung der Worte nicht. §. 324. Bedingung, wenn der Teſtirer vor gewiſſen Jahren verſterben wird. §. 325. Wenn der Inteſtat-Erbe nicht erben wolle. §. 326. Wenn die Erben einige Zeit ungetheilt bleiben. §. 327. Wenn im Codicill der Name des Erben geſezt wäre, oder geſezt werden würde. §. 328. Wenn der Erbe einen Knecht der Erbſchaft in Freyheit ſetzen würde. §. 329. Daß der Erbe eine gewiſſe Perſon heyrathe. §. 330. Daß ein anderer ebenfalls miterbe. §. 331. Fall, da eine mögliche Bedingung verneinend beygefügt iſt. §. 332. Neuere Verordnung davon. §. 333. Warum bey Verträgen keine Cautio Muciana vorkommen und ob die Caution auf gewiſſe Arten der verneinend beygefügten Bedingungen einzuſchränken. §. 334. Söhne unter väterlicher Gewalt konten nur mit einer poteſtativ Bedingung ernannt werden. §. 335. Wiefern der Erbe durch Erfüllung der Bedingung die Erbſchaft annimmt. §. 336. Wiefern der Mündel ohne Einwilligung des Vormundes die Bedingung erfüllen könne. §. 337. Wie die Bedingung, daß der Erbe einen Miterben habe, zur Würklichkeit komme. §. 338. Wenn die Bedingung ausfällt iſt die Erbeinſetzung ungültig. §. 339. Der Ausfall wird nicht angenommen, wenn es nicht ganz klar. §. 340. Fortſetzung. §. 341. Dem Miterben, der die Bedingung erfüllt, iſt die Nichterfüllung bey dem andern Miterben nicht hinderlich. §. 342. Fall einer conditionis mixtae wo die Bedingung für erfüllt geach-

geachtet wird, ob ſie gleich nicht erfüllt iſt. §. 343. Fortſetzung. §. 344. Fall, da blos die Vertheilung der Portionen von der Bedingung abhängt. §. 345. Ob der Knecht ohne des Herrn Einwilligung die Bedingung erfüllen kann. §. 346. Der Erbe kann gezwungen werden, binnen gewiſſer Zeit ſich wegen Erfüllung der Bedingung zu erklären und in Verfaſſung zu ſetzen. §. 347. Verfügung bey verzögerter Bedingung zum Behuf der Gläubiger. §. 348. Es iſt einerley ob die Bedingung bey Leben des Erblaſſers, oder nach deſſen Tode erfüllt werde. §. 349. Ob die Bedingung bey Leben des Erben erfüllt werden, und der Erbe es erfahren müſſe.

§. 286.

Der Erbeinſetzung können Bedingungen, Zeitbeſtimmungen, Beſchreibungen Bewegungs-Gründe, Abſichten, die erreicht werden ſollen, u. ſ. w. beigefügt werden. Sie wird in Anſehung der Bedingung in eine unbedingte und bedingte eingetheilt. Zugleich unbedingt und bedingt den Erben ernennen, geht nicht an, da das eine dem andern entgegen geſezt iſt. Die Erbeinſetzung wird im Fall, da ſolches geſchehen, für unbedingt gehalten. War zuerſt bedingt die Ernennung geſchehen, ſo iſt durch die folgende unbedingte Ernennung die erſtere wieder aufgehoben. Iſt der Fall umgekehrt, ſo iſt die erſtere unbedingte Erbeinſetzung vollſtändiger, als die leztere bedingte L. 27. §. 1. de hered. inſtit. Sed ſi te heredem inſtituero, et deinde eumdem te ſub conditione inſtituam: nihil valere ſequentem inſtitutionem, quia ſatis plena prior fuiſſet L. 67. eod. Si ita ſcriptum fuerit. Tithaſus, ſi in capitolium adſcenderit, heres eſto; Tithaſus heres eſto: ſecunda ſcriptura prior erit. Plenior eſt enim, quam prior cf. Majanſ. ad 30. Ictos. P. 1. p. 244.

§. 287. Hat auch der Erblaſſer einerley mehrmalen in demſelben Teſtamente dem Erben vermacht, und jedes

desmal wieder eine ander Bedingung erwähnt, ſo wird nur diejenige geachtet, welche zuerſt zur Würklichkeit kommt. Man ſieht es an, als wenn die Bedingungen alternativ erwähnt wären und ſich der Erblaſſer immer nur die Ereignis einer einzigen gedacht, und davon die Verordnung abhängig gemacht habe L. 27. §. 2. de hered. inſtit. Sed ſi plures inſtitutiones ex eadem parte ſub diverſis conditionibus fuerint factae: vtra prior conditio exſtiterit, id faciet, quod ſupra diximus, ſi pure et ſub conditione idem inſtituatur. L. 17. de Condit. inſtit. Si plures inſtitutiones ex eadem parte ſub diverſis conditionibus fuerint: conditio, quae prior exſtiterit, occupabit inſtitutionem. Id faciet etc. §. 2. iſt ſo zu verſtehen, daß auf die anderen Erbeinſetzungen, wobey eine andere Bedingung ſteht, nichts weiter ankommt, ſo wie, wenn die eine Einſetzung unbedingt, die andere bedingt geſchehen, es nur auf die eine, die unbedingte; ankommt.

§. 288. Eben derſelben Perſon einen Theil der Erbſchaft bedingt, einen andern Theil aber unbedingt verlaſſen, enthält keinen Widerſpruch, weil jeder Theil für ſich iſt. Daher muß die Bedingung allerdings würklich werden, welche bey dem einen Theil erwähnt iſt, wenn ihn der Erbe haben will, dagegen er den andern Theil, wobey keine Bedingung iſt, ſo fort erhält. L. 27. pr. de hered. inſtit. Si te ſolum ex parte dimidia pure, ex altera ſub conditione heredem inſtituero, et ſubſtituero tibi: non exiſtente conditione, ſubſtitutum ex ea parte heredem fore. Celſus ait. L. 33. eod. Si quis ita ſcripſerit: Titius ex parte dimidia heres eſto: Idem Titius ex altera dimidia, ſi navis ex Aſia venerit, heres eſto: cum ex pura inſtitutione adierit heres, quamvis conditio alterius inſtitutionis pendeat, ex aſſe fit heres: ſcilicet etiam conditione deficiente. Cum non proſit

ei

ei conditio quicquam exiſtens. Quippe cum non dubitetur, quin ſi quis ex parte dimidia heres iuſtitutus ſit, nec praeterea quisquam alius, ipſe ex aſſe heres inſtitui videatur. Mit Vorbedacht wird L 27. pr. einer Subſtitution erwähnt, weil es ſonſt eben ſo gegangen wäre, wie, L. 33. Wenn kein Miterbe, auch kein Subſtitut vorhanden iſt, und die Bedingung, ſo bey einem Theil der Erbſchaft erwähnt worden, kommt nicht zur Würklichkeit, ſo fällt zwar die Einſetzung in Anſehung dieſes Theils hinweg, aber der offengewordene Theil vereinigt ſich mit dem andern jure accreſcendi. Alſo kommt auf die Bedingung in ſolchem Falle nichts an.

§. 289. Die Bedingung muß der Erbeinſetzung im Teſtamente beygefügt werden. Im Codicill dieſelbe einer im Teſtament unbedingt geſchehenen Erbeinſetzung hinzuzuthun, geht nicht an L. 27. §. 1. de Condit. inſtit. Heredi, quem teſtamento pure inſtituit, codicillis ſcripſit conditionem. Quaero, an ei parere neceſſe habeat. Modeſtinus reſpondit: Hereditas codicillis neque adimi poteſt. Porro in defectu conditionis de ademtione hereditatis cogitaſſe intelligitur. Der Grund, daß im Codicill die Erbſchaft nicht genommen werden kann, iſt ſehr deutlich, und auf den daraus gefolgerten Satz ſchlüſſig.

§. 290. Daß bey der Bedingung kein Irrthum des Erblaſſers vorkommen müſſe verſteht ſich, wie allemal das wegfällt, was aus Irrthum geſchehen, auch hier. Iſt alſo aus Irrthum eine Bedingung beygefügt, ſo gilt ſie nicht, iſt ſie aus Irrthum weggelaſſen, ſo entſteht eine Ungültigkeit L. 9. §. 5. de hered. inſt. Tantumdem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem deſtinans inſerere, non addidit. Nam et hunc pro non inſtituto putat. Sed ſi conditionem addidit, dum nol-

let: detracta ea, heredem futurum: nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem ſcriptum eſt. Quam ſententiam et ipſe et nos probamus. A. Faber Err. pragm. D. 35. E. 9. lieſt. ſed ſi conditionem non addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem ſcriptum eſt Cheſi in Iurispr. Rom. et att. Tom. 2. p. 238. behält die gewöhnliche erwähnte Stelle bey und erklärt die Entſcheidung ſo: mehr als die Abſicht geweſen, darf nicht gültig niedergeſchrieben werden. Iſt aber weniger niedergeſchrieben worden, ſo gilt das, was der Abſicht gemäß, nicht was geſchrieben iſt. L. 9. §. 2. de hered. inſtit. Dies iſt auch vorzuziehen. Bey A. Fabers Aenderung wird blos einerley zweymahl geſagt. Uebrigens hängt dieſe Entſcheidung mit dem was §. 284. vorgekommen, nicht zuſammen. Die Erbeinſetzung ſollte nie ungültig ſeyn, ſondern es müſte nach der Analogie allemal auf das geſehen werden, was der Sinn des Erblaſſers war.

§. 291. Eben ſo macht die Aenderung oder Aufhebung der Bedingung, welche wider des Teſtirers Abſicht geſchehen, in der Erbeinſetzung eine Ungültigkeit L. 9. §. 6. de hered. inſt. Idem tractat, et ſi teſtamentarius contra voluntatem teſtatoris conditionem detraxit, vel mutavit: heredem non futurum: ſed pro non inſtituto habendum. A. Faber Err. pragm. D. 35. E. 9. erklärt Marcellum von dem Falle, wo nicht ganz gewis iſt, was der Erblaſſer gewollt, ſondern wo nur die Frage iſt, was in dubio zu glauben. Er habe den Fall vor Augen, wo im Teſtamente nicht ausgedruckt, was ausgedruckt werden ſollen, und wovon man Beweiſe habe, daß es der Erblaſſer beyfügen wollen. Gewiß iſt es, daß wider alle Grundſätze Dinge, die wider des Erblaſſers Abſicht geſchehen, die Erbeinſetzung ändern, ja gar ungültig machen ſollen. Dies hat Marcell nicht recht überdacht

dacht, und ſein Anführer hat ſich nicht erklärt, ob er ihm beytritt.

§. 292. Man kann mehr als eine Bedingung, der Erbeinſetzung beyfügen, daß ſie entweder zuſammen, oder eine davon wenigſtens, zur Wirklichkeit kommen ſoll. Jenes heißt ſie copulative, dieſes ſie alternative beyſetzen. Dort müſſen die Bedingungen alle wirklich werden; hier braucht nur eine zur Wirklichkeit gekommen zu ſeyn, um die Erbſchaft zu erhalten. L. 5. de condit. inſtit. Si heredi plures conditiones conjunctim datae ſint, omnibus parendum eſt, quia vnius loco habentur; ſi disjunctim ſint, cuilibet. L. 6. pr. C. de inſtit. et ſubſt. ſub condit. Generaliter ſancimus, ſi quis ita verba ſua compoſuerit, vt edicat: Si filius vel filia inteſtatus, vel inteſtata, vel ſine liberis, aut ſine teſtamento, vel ſine nuptiis deceſſerit: et ipſe vel ipſa liberos ſuſtulerit, vel nuptias contraxerit, ſive teſtamentum fecerit: firmiter res poſſideri, et non eſſe locum ſubſtitutioni eorum, vel reſtitutioni. Si enim nihil ex his fuerit ſubſecutum: tunc valere conditionem, et res ſecundum verba teſtamenti reſtitui, vt incertus ſucceſſionis morientis exitus videatur certo ſubſtitutionis vel reſtitutionis fine concludi. Cui enim ferendus eſt intellectus, ſi forſitan teſtamentum quidem non fecerit, poſteritatem autem habuerit: propter hujusmodi verborum anguſtias liberos ejus omni pene fructu paterno defraudari? Viam itaque impiam obſtruentes, vt ne quis alius deviet, hujusmodi facimus ſanctionem: et hanc legem in perpetuum valituram inducimus, tam patribus, quam liberis gratam: quo exemplo etiam aliis perſonis, licet extraneae ſint, de quibus hujusmodi aliquid ſcriptum fuerit, medemur. §. 11. J. de hered. inſtit. Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptae ſunt, ſi quidem conjunctim, vt puta: *Si illud et illud factum fuerit:* omnibus paren-

rendum eſt: Si ſeparatim, veluti: *Si illud aut illud factum erit*, cuilibet conditioni obtemperari ſatis eſt: Da L. 6. pr. C. den Grundſätzen der übrigen Stellen gemäß iſt, ſo iſt kaum abzuſehen, warum Iuſtinian deshalb eine ſo umſtändliche Verordnung gemacht hat. Cuilibet in L. 5. heißt ſo viel, als welche unter allen man will oder kann erfüllen. Cujacius lehrt Iuſtinian erkläre in L. 6. C. das vel, durch et, und halte Disjunction für Conjunction. Es iſt aber nicht nöthig hier Conjunction anzunehmen. Das dem Sohn oder der Tochter auferlegte fideicommiſſ. hat mehrere Bedingungen alternative. Wenn von dieſer nur eine ſich ereignet, ſo ſoll das Fideicommiſſ. wegfallen. Cf. A. Faber Conject. L. 17. c. 18. der aus dieſer Stelle beſonders beweiſt: liberos poſitos in conditione non eſſe poſitos in diſpoſitione.

§. 293. Wenn man etwas zur Bedingung macht, das ſich von ſelbſt verſteht, ſo heißt dies eine inwendige oder innerliche Bedingung, welche eigentlich die Wirkung einer Bedingung nicht hat. Daher die Bedingung, daß der Erbe die Erbſchaft haben wolle, nur bey einem Notherben für eine Bedingung gehalten wird L. 12. de Cond. inſtit. Verba haec: *Publius Maevius, ſi volet, heres eſto*, in neceſſario conditionem faciunt, vt, ſi nolit, heres non exiſtat. Nam in voluntaria heredis perſona fruſtra adduntur, cum et ſi fuerint addita, invitus non efficitur heres. Den Notherben macht dieſe Bedingung zu einem freywilligen Erben. Die Suität bleibt aber dennoch wenn gleich die Eigenſchaft eines neceſſarii heredis wegfällt. Wenn dem Notherben ein vulgar Subſtitut unter der Bedingung gegeben iſt: ſi heres non erit, ſo iſt dies nicht von der Würkung der Bedingung: ſi volet, und macht keinen freywilligen Erben aus ihm A. Faber. Err. pragm. D. 31. E. 8. weil die Worte auf ein Ausfallen des Sui durch Zufall gedeutet werden können. Auch

nicht

nicht einmal, wann ein Subſtitut mit der Bedingung geſezt iſt: ſi filius heres eſſe nolit, hört er auf Neceſſarius zu ſeyn, weil noch nicht erhellet, daß ihm der Vater eine Wahl gegeben. Ein anders iſt es, wenn der Mündel ſich ſelbſt ſubſtituirt iſt, ingleichen wenn er unter einer poteſtativ Bedingung zum Erben ernannt iſt D. 32. E. 6.

§. 294. Eine Bedingung muß zwar ordentlicher Weiſe ausdrücklich beygefügt werden. Unterweilen aber iſt ſie als ausgedrückt anzuſehen, ob ſie gleich nicht da ſteht L. 78. §. 3. de hered. inſtit. Sejus Maevium ex parte, quam per leges capere poſſit, heredem inſtituit: ex reliqua Titium. Si Maevius ſolidum capere poterit: Titius adjectus, aut ſubſtitutus, heres non erit. Weil der Erblaſſer dem Maevius alles gegonnt, was ihm die Geſetze geſtatten: ſo hat er ihm alles geben wollen, wenn ſie ihm des ganzen fähig achten.

§. 295. Daß aber der Miterbe in dem Falle, wovon das Geſetz redet, nichts bekommen, geſchieht nur alsdenn, wenn ihm das Uebrige, das, was Maevius nicht bekommt, vermacht worden. Sonſt, wenn er ihm ſchlechthin an die Seite geſezt worden, wird ein dupondium gemacht L. 79. de hered. inſtit. Quodſi non ſit reliqui facta mentio: tantumdem in altero aſſe habebit Maevius, quantum Titius in primo.

§. 296. Nach eben der ſtillſchweigenden Bedingung bekommt Maevius nichts, und ſein Miterbe oder Subſtitut alles, wenn er zur Erbſchaft ganz unfähig iſt. L. 80. de hered inſtit. Quodſi Maevius nullius capax ſit, in totum ſubſtitutus admittitur.

§. 297. Ein anderer Fall einer ſtillſchweigenden Bedingung findet ſich L. 18. §. 1. de cond. inſt. Hac

 ratio-

ratione et Papinianus ſcribit: cum avia nepotem ſub conditione emancipationis pro parte heredem inſtituit, et poſtea codicillis ſcriptis hoc amplius ei legavit, quam quod heredem eum inſtituit: repetitam videri conditionem emancipationis etiam in legato, quamvis in legato nullam vt in hereditate ſubſtitutionem feciſſet. Die Grosmutter hatte den Enkel unter der Bedingung, wenn ihn der Vater emancipiren würde, zum Erben ernannt. Sie hatte ihn nur zu einem Theil der Erbſchaft gerufen. Darauf kommt aber nichts an. Es würde eben das geweſen ſeyn, wenn ſie ihn zum alleinigen Erben ernannt hätte. Sie hatte ihm auf den Fall, daß die Bedingung nicht erfüllt wurde, einen andern ſubſtituirt. Sie hatte ihm auſſerdem ein Legat im Codicill vermacht. Ob ſie nun gleich dieſem die vorige Bedingung nicht nochmals beygefügt hatte; ſo wurde doch angenommen, daß die Bedingung der Erbeinſetzung auch bey dem Legat ſtillſchweigend wiederholt wäre.

§. 298. Die Bedingung muß eigentlich künftige Ereigniſſe betreffen. Wenn Umſtände und Begebenheiten der jetzigen oder vergangenen Zeit zur Bedingung gemacht werden, ſo iſt dies nicht die Art der eigentlichen Bedingungen, und hat ſolches wenigſtens ganz andere Würkungen, als Bedingungen von künftigen Vorfällen haben. Nemlich die Verordnung iſt, nachdem die zur Bedingung gemachten Umſtände der vergangenen oder gegenwärtigen Zeit zutreffen oder nicht, ſo fort und von Anfange gültig oder ungültig. Bey Bedingungen hingegen, welche die Zukunft betreffen, iſt dieſelbe von Anfange gültig; ſie bleibt es aber, oder nicht, in der Folge, nachdem ſich die Bedingung ereignet, oder nicht erfüllet wird. L. 10. §. 1. de Cond. inſt. Si quem ita inſtitutum ponamus: Ille ſi eum condicillis heredem ſcripſi heres eſto; valet inſtitutio, etiam in filio, qui in poteſtate eſt: cum nulla ſit conditio, quae in praeteritum

con-

confertur, vel quae in praeſens. Veluti: Si *Rex Parthorum vivit: ſi navis in portu ſtat.* Da man Söhne, welche unter unſerer Gewalt ſtehen, nicht bedingt zu Erben ernennen konnte, ſo würde die Verordnung ungültig geweſen ſeyn, wenn die auf das Vergangene oder gegenwärtige gerichtete Bedingung eine eigentliche Bedingung wäre.

§. 299. Die Bedingung hängt entweder von den Kräften desjenigen ab, der darnach etwas erhalten ſoll, oder ſie hängt davon gar nicht, ſondern von Umſtänden ab, die auſſer ihm ſind, zu deren Ereignis oder Auſſenbleiben er nichts beytragen kann, oder ſie hängt zum Theil von ſeinen Kräften ab, zum Theil nicht. Darnach iſt ſie entweder poteſtativa oder Caſualis oder mixta Schott. de condit. poteſtat. figment. L. 13. de cond. inſtit. Ei, qui ita hereditatem, vel legatum, accipit, ſi decem dederit, neque hereditas, neque legatum aliter acquiri poteſt, quam ſi, poſt impletam conditionem, id egerit ſcriptus heres, vel legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri ſolet. Die Erfüllung der Bedingung iſt noch nicht die Annehmung der Erbſchaft und des Legats ſelbſt. Darauf zielt dieſe Stelle.

§. 300. Zu den caſual Bedingungen gehören auch die, zu deren Würklichkeit eines andern, als des bedingt ernannten Erben, Wille erfordet wird. Dieſe Art der Bedingungen iſt zuläſſig, wenn gleich ſonſt die Erbernennung den Willen eines andern nicht überlaſſen werden kann. Man ſieht leicht, daß dieſe beyde Dinge von einander verſchieden ſind. L. 68. de hered. inſtit. Si quis Sempronium heredem inſtituerit hac conditione: Si Titius in Capitolium aſcenderit: quamvis non alias heres eſſe poſſit Sempronius, niſi Titius aſcendiſſet in Capitolium, et hoc ipſum in poteſtate ſit repoſitum Titii; quia tamen ſcriptura non eſt expreſſa voluntas Titii, erit vtilis ea inſtitutio. Atque ſi

quis ita ſcripſerit, Si Titius voluerit, Sempronius heres eſto: non valet inſtitutio. Quaedam enim in teſtamentis ſi exprimantur, effectum nullum habent: Quando ſi verbis tegantur, eamdem ſignificationem habeant, quam haberent expreſſa, et momentum aliquod habebunt. Sic enim filii exheredatio cum eo valet, ſi quis heres exiſtat. Et tamen nemo dubitat, quin, ſi ita aliquis filium exheredaverit: *Titius heres eſto: et cum heres erit Titius, filius exheres eſto:* nullius momenti eſſe exheredationem. Bey eamdem ſignificationem habeant, muß quamvis in Gedanken vorgeſezt werden, und das et vor momentum aliquod muß man weglaſſen. Sic enim etc. heiſt: die Enterbung gilt nur, wenn der ernannte Erbe die Erbſchaft haben will, ſonſt nicht. Alſo hängt ſie von des Erben Willen ebenfalls ab. Dennoch darf der Wille des Erben, daß er nemlich die Erbſchaft haben wolle, nicht ausdrücklich zur Bedingung der Enterbung gemacht werden. Cf. Majanſ. ad. 30. ICtos P. 1. p. 325.

§. 301. In der Bedingung ſteckt ferner entweder ein natürlicher Widerſpruch, der ihrer Würklichkeit zuwider iſt, oder nicht. Im erſten Falle iſt ſie möglich, im lezten unmöglich. Paul Sent. L. 3. tit. 4. b. de inſtit. hered. §. 1. Conditionum duo ſunt genera. Aut enim poſſibilis eſt, aut impoſſibilis. Poſſibilis eſt, quae per rerum naturam admitti poteſt: impoſſibilis, quae non poteſt: quarum ex eventu altera exſpectatur, altera impoſſibilis ſubmovetur. Exſpectatur, iſt von Würkung, removetur, iſt ohne Würkung.

§. 302. Wenn die Bedingung Handlung des Erwerbers betrift, welche unerlaubt und verboten ſind; ſo iſt die Bedingung ſchändlich, und wird auch moraliſch unmöglich genannt. Wenn ſie blos zur Beſchwerde des

Er-

Erwerbers gereicht, ohne den geringſten Nutzen zu haben; ſo heiſt ſie lächerlich, und wird der ſchändlichen und unmöglichen gleich geachtet. Wenn ſie ſo gefaßt iſt, daß kein vernünftiger Begriff, Zuſammenhang, und Verſtand herauskommt; ſo heiſt ſie verworren. Unmögliche, lächerliche, unerlaubte Bedingungen ſollen bey Erbeinſetzung nicht gebraucht werden. Geſchieht es doch, ſo werden ſie angeſehen, als wenn ſie nicht da ſtünden.

§. 303. Von unmöglichen redet §. 10. J. de hered. inſtit. Impoſſibilis conditio in inſtitutionibus et legatis, nec non in fideicommiſſis et libertatibus pro non ſcripta habetur L. 45. de hered. inſtit. *Si Maevia, mater mea, et Fulvia, filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres eſto.* Servius reſpondit: Si teſtator filiam numquam habuerit, mater autem ſupervixiſſet: tamen Titium heredem fore. Quia id, quod impoſſibile in teſtamento ſcriptum eſſet, nullam vim haberet, L. 6. de cond. inſtit. Si quis ita inſtitutus ſit, ſi monumentum poſt mortem teſtatoris in triduo proximo mortis ejus feciſſet: cum monumentum in triduo perfici non poſſit: dicendum erit, conditionem evaneſcere, quaſi impoſſibilem.

§. 304. Man kann aber die unmögliche Bedingung bejahend oder verneinend beyfügen, daß ſie nemlich nicht geſchehen ſoll. Iſt das leztere, ſo iſt ohnedem ſchon nach der Vernunft nichts, das die Verordnung aufhält, und ſie iſt deshalb für unbedingt zu achten L. 50. §. 1. de hered. inſtit. Si in non faciendo impoſſibilis conditio inſtitutione heredis ſit expreſſa, ſecundum omnium ſententiam heres erit, perinde ac ſi pure inſtitutus eſſet.

§. 305. Daher ſagen die Geſetze, daß die Erbeinſetzung ſelbſt durch die unmögliche Bedingung nicht ungültig werde, indem nur die Bedingung ungültig iſt. Püttmann de inept. morient. volunt. Becker de condit. impoſſib. non indiſt. pro non ſcript. hab. Eſchenbach dito Olear. de teſtator. inepta vol. val. Majans de cond. impoſſib. vit. diſpoſ. adjeƈt. Richter de cond. impoſſ. vlt. vol. adj. L. 1. de cond. inſt. Sub impoſſibili conditione vel alio mendo factam inſtitutionem placet non vitiari. Die Florentina hat hier beſſer: mendo für modo, ſo in andern Mſpt. ſteht, wodurch alle Schwierigkeiten wegfallen, die ſonſt die Erklärer hier finden. Caldera bey Meerm. Theſ. Tom. 3. p. 612.

§. 306. Gleiche Beſchaffenheit hat es mit den unerlaubten Bedingungen. Auch dieſe ſind, als nicht beygefügt, anzuſehen L. 5. C. de inſtit. et ſubſt. ſub condit. Reprehendenda tu magis es, quam mater tua. Illa enim ſi heredem te ſibi eſſe vellet: id quod eſt inutile, matrimonium te dirimere cum viro, non juberet. Tu porro voluntatem ejus divortio comprobaſti. Oportuerat autem, etſi conditio hujusmodi admitteretur, praeferre lucro concordiam maritalem. Enim vero cum boni mores haec obſervari vetent: ſine vllo damno conjunctionem retinere potuiſti. Redi igitur ad maritum, ſciens hereditatem matris, etiamſi redieris, retenturam, quippe quam retineres, licet prorſus ab eo non receſſiſſes. Paul. Sent. L. 3. tit. IV. B. §. 2. Conditiones contra leges et decreta principum, vel bonos mores adſcriptae nullius ſunt momenti: veluti: Si vxorem non duxeris, ſi filios non ſuſceperis, ſi homicidium feceris, ſi barbaro habitu proceſſeris et his ſimilia. Bey Paul. ſent. §. 2. wollen einige für barbaro habitu, lieber matronali, andere larvali, andere latronali habitu leſen. Aus L. 5. C. iſt zu ſchlieſſen, daß der, ſo eine unerlaubte Bedingung erfüllt, ſich doch dadurch der Erbeinſetzung nicht un-

unwürdig mache. Jedoch iſt er des begangenen Unrechts wegen ſtrafbar, und muß nach Möglichkeit facta infecta machen.

§. 307. Man muſte jedoch bey den unmöglichen und unerlaubten Bedingungen einen Unterſchied machen, ob der eingeſezte Erbe ein unter des Teſtirers Gewalt ſtehender Sohn, oder ein anderer war. Jener konnte nicht anders, als unter einer conditione poteſtativa zu Erben ernannt werden. Wenn eine andere Bedingung ihm beygefügt war, ſo war die Einſetzung ungültig. Eine unmögliche und unerlaubte Bedingung gehörte nicht unter die Poteſtativ Bedingungen. Alſo war die Erbeinſetzung des Sohns, dabey ſie vorkam, ungültig L. 15. de Cond. inſtit. Filius, qui fuit in poteſtate, ſub conditione ſcriptus heres, quam ſenatus aut princeps improbant, teſtamentum infirmet patris, ac ſi conditio non eſſet in ejus poteſtate. Nam quae facta laedunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, et (vt generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt: nec facere nos poſſe credendum eſt v. d. Does ad L. 15. de cond. inſt.

§. 308. Auch bey den lächerlichen Bedingungen iſt Rechtens, was bey den vorigen geſagt worden. Müller de condit. deriſor. Auch ſie werden für ungeſchrieben angeſehen. L. 14. de Cond. inſtit. Conditiones contra edicta Imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, ſcriptae, vel quae contra bonos mores vel deriſoriae ſunt, aut hujusmodi, quas praetores improbaverunt, pro non ſcriptis habentur, et perinde, ac ſi conditio hereditati, ſive legato adjecta non eſſet, capitur hereditas legatumve.

§. 309. Zu den unerlaubten Bedingungen gehörte unter andern auch die, welche dahin zielte, desjenigen

Erb-

Erbſchaft, den man ernannt hatte, dadurch zu erha-ſchen, und den Inhalt ſeines Teſtaments zu beſtimmen und zu wiſſen. Beſonders war es bedenklich, daß da-her Nachſtellungen nach des andern Theils Leben, oder wenigſtens Verlangen nach deſſen Tode entſtehen konnten. Bynkersh. de captat. inſtit. C. 2. Dergleichen Einſez-zungen hieſſen erbſchleicheriſch, captatoriſch, und waren verboten. Majans de SCto prohib. diſpoſit. captator. L. 70. de hered. inſtit. Captatorias inſtitutiones non eas ſenatus improbavit, quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt: ſed quarum conditio confertur ad ſe-cretum aliena voluntatis L. 71. pr. eod. Illae autem inſtitutiones captatoriae non ſunt, veluti ſi ita heredem quis inſtituat: *qua ex parte Titius me heredem inſtituit, ex ea parte heres eſto:* quia in praeteritum, non in fu-turum inſtitutio collata eſt L. 81. §. 1. eod. Si ita ſcripſerit teſtator: *Quanta ex parte me a Titio heredem inſtitutum recitaſſem, ex ea parte Sempronius mihi he-res eſto:* non eſt captatoria inſtitutio. Plane, nullo reci-tato teſtamento ab ipſo teſtatore, inanis videbitur inſti-tutio remota ſuſpicione captatoriae inſtitutionis L. 20. §. 2. de Condit. inſtit. Si quis te heredem ita inſtituit, ſi ſe heredem inſtituiſſes, aut ſi quid ſibi legaſſes: nihil intereſt, quo gradu is a te heres inſtitutus vel quid ei legatum ſit: dummodo aliquo gradu id te feciſſe pro-bes. Aus dieſen Stellen iſt zu erſehen, daß die Erbein-ſetzung nur denn captatoriſch iſt, wenn die gegenſeitige Ernennung erſt künftig von dem ernannten Erben ge-ſchehen ſoll. Wenn mich der andere ſchon zu Erben er-nennt hat, und ich ſetze ihn jezt wieder ein, wobey der ausgedrückte, oder nicht ausgedrückte Bewegungs-Grund jene erſte Einſetzung iſt, ſo iſt nichts zu erinnern (quae mutuis affectionibus judicia provocarunt). Da-her gegenſeitige Teſtamente der Ehegatten unverwerflich ſind. Cujac. Obſ. L. 16. C. 39. Connan. Comm. Iur. civ.

L. 10.

L. 10. c. 6. n. 6. Welche bey andern Leuten auſſer Ehegatten, ohne Grund verwirft. Otto comm. ad Inſt. p. 250. cf. Boecler de teſtam. mutuis in vna charta Freund de teſtam. conjug. recipr. Streit, Stryk, Penzel Willenb. ditto. Harppr. de teſtam. int. conj. revoc. Ej. de teſtam. correſpect. Secretum alienae voluntatis iſt des andern ſein Teſtament. Wenn die ſchon geſchehene gegenſeitige Einſetzung auch zur Bedingung gemacht wird, ſo iſt dies doch nicht captatoriſch. In L. 71. pr. haben einige Mscta: ex ea parte Maevius heres eſto, welche Leſart Cujac. not. prior ad §. 4. J. de Societ gegen A. Faber verworfen, hernach aber ſelbſt gebilligt hat. Obſ. L. 16, c. 11. Bynkersh. cap. 6. verwirft das Maevius, und will meus dafür geleſen haben, geſteht aber, daß ſchon die Griechen und Baſilicae den Namen gehabt haben müſſen. Nöthig iſt er nicht. Es bleibt immer einerley Entſcheidung, ob ein dritter erben ſoll, oder der, welcher den Erblaſſer eingeſezt hat. L. 81. §. 1. iſt die Sache dieſe, Titius hat ſchon ein Teſtament gemacht, und iſt geſtorben. Ich glaube darin zu Erben ernannt zu ſeyn. Das Teſtament pflegte nach der Eröfnung an öffentlichen Orten von den Erben verleſen zu werden. Damit jeder deſſen Inhalt wiſſe. Dies war noch nicht geſchehen, und das Teſtament war überhaupt noch nicht eröfnet. Alſo war die Bedingung 1) wenn Titius mich zu Erben ernannt hätte. Dawider war nichts zu erinnern, weil es die vergangene Zeit betraf. 2) Wenn ich des Titius Teſtament öffentlich verleſen würde. Dies war was künftiges, ging aber nicht darauf daß Jemand erſt im Teſtamente etwas verordnen ſollte. Plane etc. Wenn die zweyte Bedingung nicht würklich wird, fällt ebenfalls die Erbeinſetzung hinweg, ſo gut, als wenn die erſte ſich nicht ereignet hätte. Sie wird nicht pro non adjecta gehalten, indem hier nichts captariſches iſt (remota ſuſpicione captatoriae inſtitutio-

nis.

nis. Bynkersh. l. c. cap. 8. erklärt das recitaſſem ebenfalls von der vergangenen Zeit, damit zwiſchen dieſer Stelle und L. 1. de his quae pro non ſcript. kein Widerſpruch entſtehe. Einige Mscta haben fälſchlich a me Titium heredem. Inſtituiſſes, legaſſes im L. 20. § 2. muß alles von der vergangenen Zeit verſtanden werden. Einige Mscta leſen: ſi tu heredem eum inſtituiſſes. Aber die Florentina hat unſere Leſart. Ob durch Inſtitution oder Subſtitution der Erbe mich gegenſeitig geehrt hat, iſt gleichgültig (quo gradu etc.) Bey der captatoriſchen Erbeinſetzung iſt nach vieler Rechtslehrer Meinung nicht ſowohl die Erbeinſetzung, als vielmehr blos die Bedingung ungültig. Es ſey denn, daß es hieſſe; Qua parte Titius me heredem inſtituet, ex ea illum inſtituo. Hier würde ſogar Titius nichts erhalten, er möchte den Erblaſſer ernennen oder nicht. Aber die Meynung, daß die Erbeinſetzung ſelbſt allemal ungültig ſey, paßt zu den Worten der Geſetze beſſer. In L. cit. 8. §. 1. liegt nach einiger Meinung der Grund der Gültigkeit der beygefügten Bedingung beſonders darin, daß in der Bedingung nicht Titius, der Erbe, ſondern Sempronius, ein dritter ſteht. A. Faber Err. pragm. D. 51. E. 5. 6. cf. Auguſtin. Emendat. Otto Theſ. Tom. 4. p. 547. Allein auf den Unterſchied zwiſchen dem Erben, der mir ſelbſt etwas vermacht, und dem der erbt, weil mir ein dritter was vermacht, kommt, wie unten erhellen wird, nichts an. Die alten Gloſſatoren rechneten mit Unrecht auch die Inſtitutiones in alterius arbritrium collatas zu den captatoriſchen. Bynkersh. I. c. cap. II.

§. 310. Weil die Bedingung, welche den Erben zur Einrichtung ſeines Teſtaments bewegen ſoll, captatoriſch iſt; ſo iſt es gleichgültig, ob der Teſtirer oder ein anderer der Bedingung nach dagegen zu Erben ernannt werden ſoll. In einem Fall, wie im andern iſt die Bedingung

gung verwerflich. L. 71. §. 1. de hered. inſt. Sed illud quaeri poteſt, an idem ſervandum ſit, quod ſenatus cenſuit, etiam ſi in aliam perſonam captionem direxerit. Veluti ſi ita ſcripſerit: Titius, ſi Maevium tabulis teſtamenti ſui heredem a ſe ſcriptum oſtenderit, probaveritque heres eſto. Quod in ſententiam ſenatusconſulti incidere, non eſt dubium. Statt: captionem muß man captationem leſen. Zu den captatoriſchen verbotenen Einſetzungen rechnete der Senat eigentlich die Formel: Qua ex parte Titius me heredem inſtituet, ex ea ipſum inſtituo, und erklärte auch die Einſetzung ungültig. Wenn aber die Captation in die Bedingung geſezt war, ſo ſties dies auch wider die Abſicht des SCti an, und war von der Würkung, daß die Einſetzung ungültig wurde. Doch kann auch, wie A. Faber Err. pragm. D. 51. E. 7. meint, die ganze Stelle als ein Tribonianismus angeſehen werden. Beſonders habe, meint A. Faber; der Urheber der Stelle einen Fehler begangen, daß er oſtenderit gebraucht habe, welches hier zwar die künftige Zeit anzeigen ſoll, aber eben ſo leicht von der vergangenen Zeit, auf welche das SCtum nicht geht, genommen werden kann, und gemeiniglich genommen worden. E. 8. Wenn auch Jemand zu Erben ernannt wird, unter der Bedingung, daß ein Dritter einen Dritten dagegen ernenne; ſo iſt dies eine verbotene Inſtitutio captatoria, Bynkersh. l. c. cap. 7. Cujac. Obſ. L. 16. c. 11. Bynkersh. hält wegen L. 1. de his, quae pro non ſcript. nicht die Bedingung, ſondern die Erbeinſetzung für ungültig, cap. 10. wohin auch L. 70. und 71. de hered. inſt. zu gehen ſcheinen. Wenn der ernannte Erbe den Teſtirer, der captatoriſchen Bedingung zu Folge, würklich zu Erben ernennt, ſo halten manche dieſe Ernennung für gültig. Bynkersh. hingegen hält ſie für ungültig, weil ſonſt der Erbſchleicher mehr begünſtigt wäre, als der, deſſen Erbſchaft erſchlichen wer-

werden ſollen, l. c. cap. 10. Dieſer Grund bedeutet aber nichts. Daß blos die Bedingung ordentlicher Weiſe für ungültig gehalten werde, nicht aber die Erbeinſetzung, wäre freylich der Analogie gemäß. Bynkersh. Gründe beweiſen aber das Gegentheil.

§. 311. Zu den verbotenen Bedingungen wurde auch gerechnet, wenn der Erbe die Aſchen und Knochen des Erblaſſers, oder ſein Cadaver ins Meer werfen ſollte. Ein gehöriges Begräbnis war ein Religionspunkt, dagegen nicht leichtſinnig verfügt werden durfte. L. 27. pr. de Cond. inſt. Quidam in ſuo teſtamento heredem ſcripſit ſub tali conditione, ſi reliquias ejus in mare abjiciat. Quaerebatur, cum heres inſtitutus conditioni non paruiſſet, an expellendus eſt ab hereditate. Modeſtinus reſpondet. Laudandus eſt magis, quam accuſandus heres: quia reliquias teſtatoris non in mare ſecundum ejus voluntatem abjecit: ſed memoria humanae conditionis, ſepulturae tradidit. Sed hoc prius inſpiciendum eſt, ne homo, qui talem conditionem poſuit, neque compos mentis eſſet. Igitur ſi perſpicuis rationibus haec ſuſpicio amoveri poteſt, nullo modo legitimus heres de hereditate controverſiam facit ſcripto heredi. Sed hoc prius etc. Wenn der Erblaſſer nicht bey Verſtande geweſen wäre, ſo gälte das Teſtament nicht. Einen ſchlechten Commentarius über dieſe Stelle von de la Rue findet man bey Otto Theſ. Tom. 5. p. 1510.

§. 312. Man hielt es auch für unrecht, und alſo für nicht geſchrieben, wenn der Erblaſſer dem Erben nicht nur etwas zu verrichten zur Bedingung gemacht, ſondern ſolcher Bedingung auch noch beygefügt hatte, daß der Erbe ſich eidlich verpflichten ſollte, das Verlangte zu thun. Walch de condit. jurisjur. vlt. vol. adject. Dies war durch das prätoriſche Edict eingeführt, und durch

durch die Verordnungen der Kayſer und Juriſten beſtätigt. Den Grund lehrt die gleich folgende Stelle, womit noch die Denkungsart der Stoiker zu verbinden, welche ohne Noth nicht zu ſchwören erlaubten. L. 8. pr. de Cond. inſt. Quae ſub conditione jurisjurandi relinquuntur, a praetore reprobantur. Providit enim, ne is, qui ſub jurisjurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem perderet hereditatem legatumve: aut cogeretur, turpiter accipiendi conditionem jurare. Voluit ergo, eum, cui ſub jurisjurandi conditione quid relictum eſt, ita capere, vt capiunt hi, quibus nulla talis jurisjurandi conditio inſeritur. Et recte. Cum enim faciles ſint nonnulli hominum ad jurandum contemtu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis, vsque ad ſuperſtitionem; ne vel hi vel illi, aut conſequerentur, aut perderent, quod relictum eſt: praetor conſultiſſime intervenit. Etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis conditione adſtringit, ſub conditione faciendi relinquere. Ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione. Statt: turpiter accipiendi conditionem, iſt beſſer: turpiter accipiendo conditionem, zu leſen. Bey dem Legato libertatis war eine Ausnahme L. 12. de manum. teſtam., weil dem Knecht es nicht anſtändig war, der Freyheit wegen zu ſchwören. Conſtantinaei Subtil. Enod. Otto Theſ. Tom. 4. p. 522.

§. 313. Uebrigens muß das, was der Erblaſſer zur Bedingung gemacht hat, dennoch geſchehen; nur ohne eidliche Verpflichtung §. 4. eod. Si quis ſub jurisjurandi conditione et praeterea ſub alia ſit inſtitutus: huic videndum eſt an remittatur conditio. Et magis eſt, vt remitti jurisjurandi conditio debeat, licet alii conditioni parendum habeat. §. 6. Quoties heres jurare jube-

tur. daturum ſe aliquid, vel facturum, quod non improbum eſt: actiones hereditarias non alias habebit, quam ſi dederit vel fecerit id, quod erat juſſus jurare.

§. 314. Dieſe Regel, daß der Eid in ſolchen Fällen als nicht verlangt angeſehen werde, gilt auch bey Vermächtniſſen. L. 8. §. 1. de cond. Inſt. Hoc edictum etiam ad legatum pertinet, non tantum ad heredum inſtitutionem.

§. 315. Sie gilt auch von Fideicommiſſen. §. 2. In fideicommiſſis quoque oportebit eos, qui de fideicommiſſo cognoſcunt, ſubſequi praetoris edictum, ea propter, quia vice legatorum funguntur.

§. 316. Nicht weniger iſt ſie bey Schenkungen von Todeswegen anzuwenden. §. 3. Et in mortis cauſa donationibus dicendum eſt, edicto locum eſſe: ſi forte quis caverit, niſi juraſſet, ſe aliquid facturum, reſtituturum, quod acceperit. Oportebit itaque remitti cautionem.

§. 317. Bey Verträgen verhielt ſich die Sache anders, und da muſte ein zur Bedingung gemachter Eid würklich geleiſtet werden.

§. 318. Sind dem Erben zwey Bedingungen alternative gemacht, davon der einem die eidliche Verpflichtung beygefügt iſt; ſo verſteht ſich, daß wenn er dieſe leztere Bedingung wählt, er dennoch nicht dabey zu ſchwören braucht. §. 5. Sed ſi ſub jurisjurandi conditione ſit inſtitutus, aut ſi decem millia dederit: hoc eſt, alternata conditione, vt aut pareat conditioni, aut juret: aliud quid videndum, num quid remitti ei conditio non debet, quia poteſt, alteri conditioni parendo, eſſe ſecu-

ſecurus. Sed eſt verius, remittendam conditionem, ne alia ratione conditio alia eum vrgeat ad jusjurandum. Es iſt kaum abzuſehn, warum die Frage aufgeworfen worden.

§. 319. Daß in den ältern Zeiten in jedem Falle, wo die Bedingung des Eides vorkam, der Richter davon beſonders freyſprechen müſſen, und erſt in den neuern Zeiten dies nicht mehr nöthig geweſen, ſondern der Eid ipſo jure, als nicht erfordert, angeſehen worden, iſt nicht gewiß zu behaupten. § 8. De hoc jurejurando remittendo non eſt neceſſe adire praetorem. Semel enim in perpetuum a praetore remiſſum eſt. Nec per ſingulos remittendum. Et idcirco, ex quo dies legati ceſſerit, remiſſum videtur, etiam ignorante ſcripto herede. Ideoque in herede legatarii recte probatur, vt poſt diem legati cedentem, ſi deceſſerit legatarius, debeat heres ejus actione de legato vti: quaſi pure legato relicto ei, cui heres exſtiterat. Cujac. Obſ. L. 5. c. 1. Wenn der Eid nicht ipſo jure für erlaſſen angeſehen worden wäre, ſo wäre von dem, dem etwas mit der Eydesbedingung verlaſſen war, nichts auf ſeine Erben übergegangen, wofern er nicht bey ſeinem Leben die Loszählung erlangt hätte. Die Bedingung hätte bis zur Loszählung noch gehaftet, und der Ernannte wäre unter den Umſtänden einer bedingten Verordnung geſtorben.

§. 320. Auch die Bedingung, daß die Erben Verſicherung geben ſollten, daß alle Vermächtniſſe des Teſtaments würden ausgezahlt werden, wurde für unrechtmäßig gehalten. Man wollte dadurch erhalten, daß auch die Legata, welchen die Geſetze zuwider waren, nicht verweigert werden ſollten. Daher brauchte die Verſicherung nicht gegeben zu werden. Wurde ſie aber auch gegeben, ſo blieben die Einwendungen, ſo einem oder dem

andern Vermächtniſſe entgegen waren, dennoch gegründet. L. 7. de Cond. inſt. Si quis ſub conditione heredes inſtituiſſet, ſi invicem caviſſent, ſe legata eo teſtamento relicta reddituros: placet, remitti eis conditionem, quia ad fraudem legum reſpicerent, quae vetarent, quosdam legata capere. Quamquam et ſi cautum eſſet, in ipſa actione exceptione tuendus eſſet promiſſor.

§. 321. Daß auch die Bedingung, daß ein anderer zum Beſten desjenigen, welchen man zum Erben ernannt, einwillige, für unzuläßig gehalten worden, zeigt L. 68. de hered. inſtit. ſo ſchon da geweſen. Geuſſenhainer de condit. retin. relig. vlt. vol. adject. Breuning de condit. relig. retin. Ej an heres inſt. poſſ. ſub cond. ſi relig. mutav. Schorch Vtrum condit. qua certa relig. in ſubjecto requir. pro turpi vel honeſt. ſit hab. Brunquell de condit. ſi non nupſ. vlt. vol. adject.

§. 322. Eine verworrene Bedingung macht die Erbeinſetzung ungültig. L. 16. de Cond. inſtit. *Si Titius heres erit, Sejus heres eſto: Si Sejus heres erit, Titius heres eſto.* Iulianus inutilem eſſe inſtitutionem ſcribit, cum conditio exiſtere non poſſit.

§. 323. Wenn aber die Worte oder Gedanken blos anders, als es nach der natürlichen Ordnung ſeyn ſollen, geſezt worden; übrigens jedoch die Sache verſtändlich iſt; ſo gilt die Verordnung und wird natürlich verſtanden. L. 25. C. de Teſtam. Praepoſteri reprehenſionem, quam novella conſtitutio divi Leonis in dotalibus inſtrumentis ſuſtuliſſe noſcitur, in aliis quoque omnibus, tam contractibus, quam teſtamentis tollimus, vt tali reprehenſione ceſſante, et ſtipulatio, et alii contractus, et teſtatoris voluntas indubitate valeant: exactione videlicet poſt conditionem vel diem competente.

§. 324.

§. 324. Erlaubte Bedingungen kann man beyfügen, welche man will. Link de heredit. ſub cond. matrim. relićt. Richter de cond. nom. ſer. vlt. vol. adſcript. Dahin gehört, daß der Teſtirer vor einem gewiſſen Alter verſterbe. L. 56. de hered. inſt. Poteſt quis ita heredem inſtituere: Si intra annum ſeptuageſimum deceſſero, ille mihi heres eſto. Non enim pro parte teſtatus intelligi debet ſub conditione inſtituiſſe.

§. 325. Ferner, daß der Inteſtaterbe nicht erben wolle. L. 82. de hered. inſt. Si quis ita heres inſtituatur: Si legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam; puto deficere conditionem teſtamenti, illo vindicante.

§. 326. Ferner, daß die Erben eine Zeitlang ungetheilt bleiben ſollten. L. 4. pr. de Cond. inſt. Si qui ita ſint inſtituti: Si ſocii vna bonorum meorum permanſerint vsque ad annos ſedecim, heredes ſunto: inutilem eſſe inſtitutionem ſecundum verborum ſignificationem, Marcellus ait. Iulianus autem, quoniam et ante habitam hereditatem iniri ſocietas poteſt, quaſi rei futurae, valere inſtitutionem. Quod eſt verum. Man ſieht, daß des Marcellus Zweifel geweſen ſeyn muß, die Erben ſeyn vor Antretung der Erbſchaft noch nicht in Gemeinſchaft. Man könne alſo nicht ſagen, ſie, die gleich nach dem Tode Erben werden, ſollten in Gemeinſchaft bleiben. Es war aber eine Spizfindigkeit. Sie traten doch durch die Erbantretung in ſolche hinein, und von nun an ſollten ſie beyſammen bleiben. Dies war der Sinn des Teſtirers.

§. 327. Dahin gehörte ferner die Bedingung, daß der Teſtirer noch im Codicill den Namen ſetzen würde, oder ihn ſchon geſezt habe. L. 10. pr. de Cond. inſt. Inſtitu-

ſtitutio talis: *Si codicillis Sejum heredem ſcripſero, heres eſto*, non eſt inutilis in quovis herede inſtituto praeter filium. Eſt enim conditionalis inſtitutio. Nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum eſt. Verum conditionalis eſt haec inſtitutio, quae teſtamento data eſſet. Proinde et ſi ita ſcripſerit: *Cujus nomen codicillis ſcripſero, ille mihi heres eſto*: pari ratione dicendum erit, inſtitutionem valere, nullo jure impediente §. 1. eod. ſo eben vorgekommen. Bey Kindern war dieſe Bedingung nicht zuläßig, da ſie in Anſehung des Erben eine Caſualbedingung war.

§. 328. Ingleichen, daß der Erbe einen zur Erbſchaft gehörigen Knecht in Freyheit ſetzen ſollte. L. 20. §. 1. de Cond. inſt. Si quis hereditarium ſervum juſſus eſt manumitttere et heres eſſe: quamvis ſi manumiſerit, nihil agat: tamen heres erit. Verum eſt enim, eum manumiſiſſe. Sed poſt aditionem libertas ſervo data, ſecundum voluntatem teſtatoris convaleſcit. Bey: quamvis ſi manumiſerit, muß man in Gedanken zuſetzen: ante aditam hereditatem.

§. 329. Ferner, daß die Erbin einen gewiſſen Mann nehmen ſolle. L. 1. C. de Inſt. et ſubſt. ſub cond. Cum avum maternum ea conditione filiam tuam heredem inſtituiſſe proponas, ſi Anthylli filio nupſiſſet: non prius eam heredem exiſtere, quam conditioni paruerit, aut Anthylli filio recuſante, matrimonium impeditum fuerit, manifeſtum eſt. L. 2. eod. Conditioni, ſub qua teſtamento matris tuae heres inſtituta es, ſi non paruiſti: locum habet ſubſtitutio. Nec enim videri poteſt ſub ſpecie turpium nuptiarum viduitatem tibi indixiſſe, cum te filio ſororis ſuae, conſobrino tuo, probabili conſilio matrimonio jungere voluerit. Nec extraordinario auxilio indiges; cum ex his precibus, quas libello complexa

plexa es, declaretur, non per eum ſtetiſſe, quo minus ſupremae voluntati matris tuae teſtatricis ſatisfieret. Conſobrini oder Geſchwiſter-Kinder konnten ſich heyra-then. Alſo waren hier keine turpes nuptiae. Extraordinarium auxilium iſt die hereditatis petitio vtilis, welche geſtattet wurde, wenn die conditio mixta für erfüllt gehalten wurde, ohnerachtet ſie nicht erfüllt werden können. *Indiges* heiſt hier ſo viel, als: kann dir nicht zu Theil werden.

§. 330. Ferner gehört hieher die Bedingung, unter welcher der Miterbe ernannt iſt, daß er nemlich nur alsdenn Erbe ſeyn ſoll, wenn es der andere Miterbe auch wird, ſonſt nicht. L. 3. §. 2. de hered. inſt. Si quis ita ſcripſerit: *Si Titius heres erit, Sejus heres eſto. Titius heres eſto:* quaſi quaevis conditio, exſpectatur Titii aditio, vt Sejus heres fiat. Et ſane Iuliano et Tertylliano hoc videtur.

§. 331. Wenn eine erlaubte Bedingung bejahend beygefügt war, ſo erhielt der Erbe eigentlich die Erbſchaft nicht eher, bis die Bedingung würklich geworden war. Wofern ſie aber verneinend beygefügt worden, ſo konnte der Erbe die Güter ſogleich verlangen. Nur muſte er Caution ſtellen, daß er der Bedingung nicht zuwider handeln wollte. Falckner de caut. Q. Muc. Scaev. Majans, Weghorſt, Conradi de Caut. Muc. Reuvens dito. L. 4. §. 1. de Cond. inſt. Idem Iulianus ſcribit, eum, qui ita heres inſtitutus eſt: Si ſervum hereditarium non alienaverit: caventem coheredi, implere conditionem. Caeterum ſi ſolus heres ſcriptus ſit, ſub impoſſibili conditione heredem inſtitutum videri. Quae ſententia vera eſt. L. 20 pr. eod. Mulier, quae viro ſuo ex dote promiſſam pecuniam debebat, virum heredem ita inſtituerat, ſi eam pecuniam, quam doti promiſſ-

miſiſſet, neque petiiſſet, neque exegiſſet. Puto, ſi vir denunciaſſet ceteris heredibus, per ſe non ſtare, quo minus acceptum faceret id, quod ex dote ſibi deberetur: ſtatim eum heredem futurum. Quodſi ſolus heres inſtitutus eſſet in tali conditione: nihilominus puto ſtatim eum heredem futurum, quia ἀδυνατος, id eſt, impoſſibilis conditio pro non ſcripta accipienda eſt. Ein Miterbe, der unter einer verneinenden Bedingung ernannt war, muſte nach dieſen Stellen einen Miterben im Teſtamente haben, welchem er Caution machen konnte. War dergleichen nicht vorhanden, ſo fiel die Bedingung ganz hinweg. A. Faber führt Conjectur. L. 2. c. 16. zum Grunde des Unterſchiedes an, daß der Wille des Erblaſſers ſey, die Erbſchaft ſolle erſt angetreten werden, ehe die Bedingung erfüllt werde, und die Bedingung ſolle doch auch eher erfüllt werden, als die Erbſchaft angenommen werde. Dies ſey da nicht unmöglich, wo der bedingte Erbe einen unbedingten Miterben hat, aber wohl da, wo kein ſolcher Miterbe vorhanden iſt. Wenn der Erbe ſeinen eignen Knecht nicht veräuſſern ſolle; ſo ſey es anders, und laſſe ſich Cautio Muciana auch bey einem einzigen Univerſalerben gedenken. Hereditarius ſervus iſt hier überhaupt des Erblaſſers Knecht, wie Faber ganz recht gegen Cujac. behauptet, der den gewöhnlichen Begriff des ſervi hereditarii hier annimmt. Obſerv. L. 5. c. 2.

§. 332. So war es zur Zeit der Pandecten. Iuſtinian hat ſolches Nov. 22. c. 43. ſq. geändert, wo er verordnet hat, daß, wenn ein einziger Erbe unter verneinender Bedingung ernannt iſt, den Inteſtaterben die Mucianiſche Caution geſtellt werden ſoll. Weil jedoch Iuſtinian nicht zu erkennen gegeben, daß er Nov. 22. etwas neues verordnet, von L. 20. pr. der Grund angegeben werden kann, daß eine Confuſio debiti et crediti

darin

darin zum Grunde liege, und bey L. 4. § 1. der Fall geweſen ſeyn kann, daß es am Inteſtaterben fehlte, oder ſonſt beſondere Umſtände vorwalteten, ſo iſt der angegebene Unterſchied zwiſchen dem alten und neuen Rechte ſo ausgemacht nicht.

§. 333. A. Faber giebt c. l. einen Grund an, warum bey lezten Willen die Cautio Muciana ſtatt finde, bey Verträgen aber nicht. Bey dieſen würden die Erben des Contrahenten wenigſtens ein Recht aus dem Contract haben, wenn der Verſtorbene nicht gegen die Bedingung gehandelt, weil bey bedingten Verſprechen das Recht auf die Erben geht, wofern auch erſt nach dem Tode des Contrahenten die Bedingung würklich wird. Bey lezten Willen aber iſt es anders, und auch die Erben des Legatarii etc. würden nichts erhalten, obgleich der Verſtorbene nicht gegen die Bedingung gehandelt, wofern nicht Caut. Muc. zuläßig wäre. Ein natürlicherer Grund iſt die gröſſere Begünſtigung der lezten Willen für den Verträgen. Uebrigens ſollte eigentlich nur denn die Caution zugelaſſen werden, wenn, ſo lange der Honoratus lebte, man nicht gewiß ſeyn konnte, daß er der Bedingung nicht zuwider handeln würde. Es iſt aber, wie die Beyſpiele lehren, ſo genau nicht genommen worden.

§. 334. Von den möglichen Bedingungen konnte man der Erbeinſetzung beyfügen, welche man wollte. Nur bey Söhnen, die unter väterlicher Gewalt ſtanden, konnte der Vater blos eine conditionem poteſtativam brauchen. Sie ſollten überhaupt nicht bedingt ernannt werden. Es war ein Grundſatz: ſub conditione inſtitutus cenſetur in caſum contrarium praeteritus. Eine Uebergehung dieſer Söhne war aber unzuläßig. Blos aus Achtung gegen den Vater nahm man die Poteſtativbedin-

bedingung aus, und geſtattete, daß dieſe bey Kindern gebraucht werden durfte, weil ſie ohne Schwierigkeit erfüllt werden konnte. Weſtphal de cond. poteſtat. inſtit. liberor. adjeᴄt. Fein de hered. ſuo ſub condit. inſtit. L. 28. de Cond. inſt. Si filius ſub conditione heres erit, et nepotes ex eo ſubſtituantur: cum non ſufficit, ſub qualibet conditione filium heredem inſtitui: ſed ita, demum teſtamentum ratum eſt, ſi conditio fuit in filii poteſtate: conſideremus, numquid interſit, quae conditio fuerit adſcripta: vtrum quae moriente filio impleri non potuit: (veluti *ſi Alexandrinam ierit, filius heres eſto*, isque Romae deceſſit,) an vero quae potuit etiam extremo vitae momento impleri. Veluti: *ſi Titio decem dederit: filius heres eſto.* Quae conditio nomine filii per alium impleri poteſt. Nam ſuperior quidem ſpecies conditionis admittit, vivo filio, nepotes ad hereditatem. Qui, ſi neminem ſubſtitutum haberet, dum moritur, legitimus patri heres exſtitit. Argumentoque eſt, quod apud Servium quoque relatum eſt. Quemdam enim, refert, ita heredem inſtitutum, ſi Capitolium aſcenderit: quod ſi non aſcendiſſet, legatum ei datum: eumque antequam aſcenderet, mortem obiiſſe. De quo reſpondet Servius, conditionem morte defeciſſe: ideoque moriente eo, legati diem ceſſiſſe. Altera vero ſpecies conditionis, vivo filio, non admittit nepotes ad hereditatem, qui ſubſtituti ſi non eſſent, inteſtato avo heredes exiſterent. Neque enim filius videretur obſtitiſſe, poſt cujus mortem patris teſtamentum deſtituitur. Quemamodum ſi, exheredato eodem filio, nepotes, cum filius moreretur, heredes fuiſſent inſtituti. L. 4. C. de Inſtit. et ſubſt. Si pater filium, quem in poteſtate habebat, ſub conditione, quae in ipſius poteſtate non erat, heredem ſcripſit, nec in defeᴄtum ejus exheredavit: jure teſtatus non videtur. Cum autem trans mare et longe te agentem ſub hac conditione here-

heredem ſcriptum eſſe dicas, ſi in patriam, quae in provincia Mauritaniae erat, regreſſus fuiſſes, nec exheredatum te alleges, ſi in eum locum non rediſſes: manifeſtum eſt multis caſibus non voluntariis, ſed fortuitis, evenire potuiſſe, vt eam implere non poſſis: et adeo adire hereditatem non prohiberis. Töchter und Enkel konnten unter jeder Bedingung zu Erben eingeſezt werden. L. 4. pr. L. 6. §. 1. de hered. inſtit. L. 1. §. Sciendum, de Suis et legit. hered. Wenn der Sohn auf den Fall, daß die Bedingung nicht erfüllt würde, zugleich ausdrücklich enterbt wurde; ſo war auf keinen Fall eine Uebergehung vorhanden. Daher konnte ſodenn jede Art der Bedingung gebraucht werden. L. 4. C. de inſt. et ſubſt. L. 86. de hered. inſtit. Bey der Poteſtativbedingung iſt nach unſerer Stelle ein Unterſchied, ob ſie ſo beſchaffen iſt, daß ſie bis auf die lezten Stunden, und ſelbſt auf dem Sterbebette, noch erfüllt werden kann, oder nicht. Im erſtern Falle iſt erſt mit dem Tode dieſelbe als ausfallend anzuſehen. Der Sohn iſt bey ſeinem Leben und bey ſeinem Abſterben nicht Erbe geworden, weil die Bedingung nicht erfüllt iſt. Alſo tritt nun bey ſeinem Tode ein, was zu geſchehen pflegt, wenn Jemand bedingt zu Erben ernannt iſt, und die Bedingung hat ſich nicht ereignet. Der Sohn iſt alſo hier weder ex teſtamento, noch ab inteſtato Erbe worden. In L. 16. und 28. de lib. et poſtum. iſt er als Inteſtaterbe anzuſehen, obgleich auch bis ans Ende des Sohns ungewiß war, ob er ex teſtamento Erbe werden würde. Cheſi führet Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 383. davon den Grund an, daß im Fall unſers Geſetzes das Teſtament erſt nach des Sohns Tode ungültig werde, in den Fällen der 2 andern Geſetze aber ſchon bey Leben deſſelben die Ungültigkeit abzuſehen, und was in L. 16. von einer Conditione poteſtativa ſteht, iſt von der zweyten Art derſelben zu verſtehen. Im leztern Falle iſt ſchon

bey

bey dem Sterbebette des Sohns, da die Bedingung nicht mehr erfüllt werden kann, die Erbeinſetzung, als nicht geſchehen, anzuſehen, und der Sohn wird nun Inteſtaterbe, wenn er keinen ſubſtituirten Erben hat. L. Si filius, de lib. et poſt. Hat er aber dergleichen, ſo tritt dieſer ſchon ein bey Leben des Erblaſſers. Im erſtern Falle fällt die Erbſchaft erſt beym Abſterben des Sohns, an die Miterben oder den ſubſtituirten Erben, oder die anderweit nun eintretenden Inteſtaterben des Teſtirers. Die Enkel ſind entweder ſubſtituirt: ſo erben ſie in dieſer Eigenſchaft; oder nicht: ſo ſind ſie des Großvaters Erben ab inteſtato. Qui, ſi ſubſtituti non eſſent etc. Durch ihren Vater erben ſie nicht, und dieſer kommt nicht in Betracht, weil er ſo geſtorben, daß er nie ſeines Vaters Erbe geworden. Neque enim filius etc. Quaé conditio nomine filii etc. muß, bey Leben des Sohnes, für denſelben und mit deſſen Willen, verſtanden werden. Weil im leztern Falle ſchon bey Leben des Sohnes die Bedingung ausfällt, ſo treten ſchon vor ſeinem Tode die Subſtituti ein. Nam ſuperior quidem ſpecies etc., oder wo dergleichen nicht vorhanden, wird der Sohn ſelbſt nun Inteſtaterbe. *Qui, ſi neminem ſubſtitutum haberet etc.* Wenn jemand unter einer Bedingung der leztern Art zu Erben ernannt, und auf den Fall, daß ſie nicht erfüllt werde, ihm ein Legat vermacht iſt, und er kommt aufs Sterbebette: ſo zeigt ſich ſchon bey ſeinem Leben, daß aus der Bedingung nichts werde. Alſo fällt die Erbeinſetzung bey ſeinem Leben weg, und es tritt ſchon vor ſeinem Tode der Fall des Legats ein. Er hat alſo das Legat, und überläßt es ſeinen Erben durch ſeinen Tod. Bey der Bedingung der erſtern Art würde das Legat hinwegfallen, wenn die Erfüllung bey Leben des Erben nicht geſchehen wäre. Der Erbe hätte es bey ſeinem Leben nicht erworben, und alſo auch auf ſeine Erben nicht vererben können. Quemdam enim refert

fert etc. Morte defeciſſe ſoll heiſſen: jam ante mortem defeciſſe. Moriente eo legati diem ceſſiſſe ebenfalls: jam ante mortem ejus legati diem ceſſiſſe. Was hier mit deutlicher Unterſcheidung der zwey Arten der Poteſtativbedingungen gelehrt worden, iſt nicht der Maaßen auch von andern Juriſten geſchehen, deren allgemeine Behauptungen aus unſerer Stelle ihre Einſchränkung erhalten. So iſt z. E. L. 4. §. 2. de hered. inſt. von der Bedingung zu verſtehen, die bis ans Ende erfüllt werden kann, L. 16. de lib. et poſt. von der entgegenſetzten Art. Das Ende: Quemadmodum etc. ſagt, wenn der Sohn enterbt, auf den Fall aber, daß ſolcher vor dem Vater verſterben ſollte, der Enkel eingeſezt iſt, ſo falle die Erbſchaft, wofern der Sohn vor dem Teſtirer geſtorben, ab inteſtato an den Enkel, obgleich der Sohn nicht Erbe geworden. Dieſer Gedanke, und daß man einen Enkel dergeſtalt ernennen könne, iſt aber wider L. 29. §. 10. de lib. et poſt. nach welcher Stelle dergleichen Ernennung der Enkel nicht angeht. Man kann jedoch dieſer Schwierigkeit ausweichen, wenn man annimmt, daß der Juriſt in unſrer Stelle, ob die Einſetzung dergeſtalt gültig oder ungültig ſey, nicht entſcheiden, ſondern nur die Sache, wovon vorher die Rede war, durch das quemadmodum etc. deutlich machen wollen, vorausgeſezt nemlich, daß ſolches angehe, welches er dahin geſtellt ſeyn läßt. Man braucht daher nicht mit dem Cujacio anzunehmen, daß hier auf L. 1. §. Sciendum, de ſuis et legit. hered. gezielt werde. Da ſonſt eine Aenderung der Worte vorgenommen, und wenigſtens das Wort: inſtitutus am Ende weggelaſſen werden müſte. Die Umwerfung des Gabr. Vall. Ott. Theſ. Tom. 1. p. 413. iſt auch nicht nöthig. Cheſi Ipr. R. et A. Tom. 2 p. 590. lieſt zuſammen: Neque enim filius videtur obſtitiſſe, quemadmodum (obſtaret) ſi exheredato, daß alſo hier keine Aehnlichkeit, ſondern ein Gegenſatz angezeigt

zeigt werden ſoll. Der Fall wäre, wenn die Enkel ſo ernannt, daß der Sohn enterbt worden, der auch den Vater überlebt, deſſen Kinder aber, wenn er dereinſt verſtirbt, die Güter des Großvaters erhalten ſollen. Dieſer Erklärung tritt bey Averan. Interpr. L. 4. c. 30. n. 9. Dieſe Oppoſition iſt aber ſehr unnütz, weil der angebliche Fall ungezweifelt iſt, und hieher gar nicht gehört. Nach Cujacius bezieht ſich das Quemadmodum etc. auf L. 1. §. Sciendum de Suis et legit. hered. Der Vater enterbt den Sohn, und übergeht ſeine Enkel mit Stillſchweigen, und ſezt einen Fremden zum Erben ein. Der Sohn überlebt den Vater, ſtirbt aber während des Spatii deliberandi des Erben, der ſich deshalb noch nicht erklärt hat. Nach des Sohnes Tode ſagt ſich der Erbe von der Erbſchaft los, und nun entſteht cauſa inteſtati. Hier iſt ebenfalls ein Fall, will nach Cujacius, der Juriſt ſagen, wo die Erbſchaft unmittelbar vom Großvater auf den Enkel fällt, und der dazwiſchen geſtandene Sohn nicht gerechnet wird, weil er nie Erbe geworden. Es iſt aber ſchwer, aus den Worten die Hinweiſung auf dieſen Fall herzuleiten. In L. 4. wird die Bedingung: ſi in patriam regreſſus fuiſſes, nicht als mere poteſtativa angeſehen. Daher ſoll ſie auch bey einem filio ſuo nicht paßiren. Er ſoll die Erbſchaft ſo fort als Erbe (ab inteſtato) hinnehmen, weil die Erbeinſetzung für ungültig geachtet würde. Ideo adire hereditatem non prohiberis.

§. 335. Die Bedingung muß erfüllt werden. Wird ſie erfüllt, ſo purificirt ſich dadurch die Erbeinſetzung. War die Bedingung eine conditio poteſtativa, ſo wurde deren Erfüllung bey Fremden nicht als eine pro herede geſtio angeſehen, ſondern es blieb nun übrigens noch dem Erben überlaſſen, ob er die Erbſchaft annehmen, oder ſich davon losſagen wollte. L. Si pupillus, de Cond. inſtit.

inſtit. L. 1. de Cond. cauſ. dat. Ein Suus aber verlohr durch die Erfüllung der Bedingung das beneficium abſtinendi. L. 86. §. 1. de hered. inſtit. Non ab re autem hoc loco velut exceſſus hic ſubjungitur: Suis ita heredibus inſtitutis: ſi voluerint heredes eſſe, non permittendum amplius abſtinere ſe hereditate: cum ea conditione inſtituti, jam non vt neceſſarii, ſed ſua ſponte heredes exſtiterint, ſed et caeteris conditionibus, quae in ipſorum ſunt poteſtate, ſi ſui pariunt, jus abſtinendi adſequi non debent. Exceſſus iſt hier ſo viel als eine Excurſion zu einer Frage, die nicht eigentlich zu dem vorſeyenden Text gehört. Nach: ſi voluerint heredes eſſe, muß man in Gedanken einſchalten: ſi declaraverint, quod heredes eſſe velint. Durch dieſe Erklärung erfüllten ſie die conditionem poteſtativam: ſi voluerint heredes eſſe. Der Grund: cum ea conditione, iſt nicht concludent. Ein heres voluntarius wird des Rechts, ſich von der Erbſchaft loszuſagen, durch Erfüllung der Poteſtativbedingung nicht verluſtig. Alſo iſt hier was beſonders bey Kindern, das blos ſeinen Grund darin hat, daß das jus abſtinendi eine beſondere prätoriſche Rechtswohlthat iſt, welche die Prätoren verclauſuliren können, wie ſie wollen.

§. 336. Iſt ein Mündel unter einer Poteſtativbedingung zum Erben ernannt, ſo iſt die Bedingung als erfüllt anzuſehen, geſezt auch, daß er ohne Zuthuung und Einwilligung des Vormundes ſolche ins Werk geſezt hätte. L. 26. de cond. inſtit. Si pupillus ſub conditione heres inſtitutus fuerit, conditioni etiam ſine tutoris auctoritate parere poteſt. Idemque (eſt) et ſi legatum ei ſub conditione relictum fuerit: quia conditione expleta, pro eo eſt, quaſi pure ei hereditas vel legatum relictum ſit. Der angegebene Grund will zu erkennen geben, daß der Mündel von Erfüllung der Bedingung blos Vor-

theil und keinen Schaden habe. Poteſt pupillus ſine auctoritate tutoris conditionem ſuam reddere meliorem. Der Mündel hatte dennoch noch die Wahl, ob er Erbſchaft und Legat annehmen wollte, oder nicht. Weil aber ein Suus durch die Erfüllung der Bedingung ſich um das beneficium abſtinendi brachte; ſo würde bey dieſem wohl eine Ausnahme zu machen ſeyn. cf. A. Faber Error. pragm. D. 31. E. 8. cf. Majanſ. ad 30 ICtos. P. 1. p. 245.

§. 337. Wenn Jemand unter der Bedingung, wofern ſein Miterbe die Erbſchaft ebenfalls annehmen würde, zu Erben ernannt iſt; ſo wird er Erbe, ſo bald der Miterbe die Erbſchaft annimmt, es thue dieſes derſelbe freywillig oder gezwungen. L. 19. de Condit. inſtit. Si ita ſcriptum fuerit: Titius heres eſto: ſi Titius heres erit, Maevius heres eſto. Si Titius ſuſpectam adierit hereditatem, poteſt Maevius ſuo arbitrio adire et quartam retinere. Wenn ein Fiduciar die Erbſchaft nicht annehmen, und das Fideicommiß befolgen wollte; ſo wurde er zur Antretung, nach dem Pegaſianiſchen Senatusconſulto gezwungen. Sein Miterbe, der auf den Fall, daß dieſer Fiduciar würklich Erbe würde, ihm an die Seite geſezt war, bekam nun, da jener gezwungen worden, ſeinen Antheil an der Erbſchaft, und, weil er freywillig ſolchen annahm, ſo zog er auch davon die Pegaſianiſche Quarte ab.

§. 338. Kommt die Bedingung nicht zur Würklichkeit, ſo wird die Erbeinſetzung ungültig. L. 85. de hered. inſtit. Lucius Titius, qui fratrem habebat, teſtamento ita cavit: *Titius frater meus ex aſſe mihi heres eſto. Si mihi Titius heres eſſe noluerit, aut (quod abominor) prius morietur, quam meam hereditatem adierit, aut filium filiamve, ex ſe natum natamve non habebit:*

bit: tunc Stichus et Pamphilus, ſervi mei liberi, et heredes mihi aequis partibus ſunto. Quaero: Cum Titius hereditatem adierit et liberos aditae hereditatis tempore non habuerit: an Stichus et Pamphilus ex ſubſtitutione liberi et heredes eſſe poſſint. Item quaero: Si ex ſubſtitione neque liberi, neque heredes eſſe poſſint: an in partem hereditatis videantur adjecti. Reſpondit: Apparet quidem, non eam mentem teſtatoris fuiſſe, vt quemquam heredem adhiberet fratri, quem aperte ex aſſe heredem inſtituiſſet. Igitur, ſi frater adiit, Stichus ex Pamphilus heredes non erunt, quod eos amplius noluit heredes eſſe, ſi frater prius, quam hereditatem adiret, deceſſiſſet, liberis relictis. Nam prudens conſilium teſtantis animadvertitur. Non enim fratrem ſolum heredem praetulit ſubſtitutis, ſed et ejus liberos Der Teſtirer hatte ausdrücklich der vorhandenen Kinder bey dem Falle erwähnt, da der Bruder vor der Antretung verſtarb. Auf den Fall, daß er die Erbſchaft annahm, war vom Erfordernis vorhandener Kinder nichts geſagt. Die Knechte waren directe dem Bruder ſubſtituirt. Dieſe Subſtitution fiel alſo hinweg, ſo bald der inſtituirte Erbe die Erbſchaft annahm. Die Knechte dem Bruder, als Miterben, an die Seite zu ſetzen, war gar kein Grund vorhanden. cf. A. Faber Conjecto L. 17. c. 19. Oteuz 2. et Olan. Paralipom. Meerm. Theſ. Tom. 1. p. 407. ſq. welcher zugleich die Frage unterſucht und behauptet, ob und daß die Kinder dem Subſtituto würden vorgegangen ſeyn, wenn der Bruder auch der Erbſchaft renuncirt hätte.

§. 339. Man nimmt aber ſo lange nicht an, daß die Bedingung ausgefallen ſey, als nach einer natürlichen Bedeutung dieſelbe noch als erfüllt angeſehen werden kann. L. 2. pr. de cond. inſt. Si teſtamento comprehenſum ſit: *Ille ſervus, ſi meus erit*, aut: *qui meus*

erit, cum moriar, heres eſto: quatenus accipiatur *meus*, quaeritur. Et ſi quidem alienavit in eo vſumfructum, nihilominus ipſius eſt. Si vero partem in eo alienavit: an deficiat conditio inſtitutionis, quaeritur. Et verius eſt, non defeciſſe conditionem, niſi evidentiſſimis probationibus teſtatorem voluiſſe apparuerit: pro hac conditione haec verba inſeruiſſe: ſi totus ſervus in dominio ejus remanſerit. Tunc enim parte alienata, conditio deficit. Nach apparuerit muß noch ein et eingeſchaltet werden, wenn ein guter Sinn herauskommen ſoll. Pro hac conditione heiſt: daß er folgende Bedingung damit ausdrücken wollen.

§. 340. Wenn ſich auch Umſtände ereignen, daß man eben ſowohl annehmen kann, die Bedingung ſey eingetroffen, als das Gegentheil; ſo glaubt man dennoch das erſtere. L. 10. §. 1. de reb. dub. Plane ſi ita libertatem acceperit ancilla: *Si primum marem peperit, libera eſto*, et haec vno vtero marem et foeminam peperiſſet: ſi quidem certum eſt, quid prius edidiſſet: non debet de ipſius ſtatu ambigi, vtrum libera eſſet, nec ne: ſed nec filiae. Nam ſi poſtea edita eſt, erit ingenua. Sin autem hoc incertum eſt, nec poteſt, nec per ſubtilitatem judicialem, manifeſtari: in ambiguis rebus humaniorem ſententiam ſequi oportet: vt tam ipſa libertatem conſequatur, quam filia ejus ingenuitatem, quaſi per praeſumptionem priore maſculo edito.

§. 341. Sind mehrere Erben ernannt, und iſt ihnen etwas zugleich zur Bedingung gemacht, ſo wird der gewiß Erbe, der die Bedingung ſeiner Seits erfüllt, und ihm ſchadet nicht, daß ſein Miterbe ſolche nicht erfüllt, vielmehr bekommt er auf ſolchen Fall deſſen Antheil mit. L. 44. de hered. inſtit. Paterfamilias teſtamento duos heredes inſtituerat: et eos monumentum facere juſſerat in

diebus certis: deinde ita ſcripſerat: qui eorum non ita fecerit, omnes exheredes ſunto. Alter hereditatem praetermiſerat. Reliquus heres conſulebat, cum ipſe monumentum inſtruxiſſet, numquid minus heres eſſet ob eam rem, quod coheres ejus hereditatem non adiiſſet? Reſpondit, neminem ex alterius facto hereditati neque alligari, neque exheredari poſſe: ſed vti quisque conditionem impleſſet, quamvis nemo adiſſet praeterea, tamen eum heredem eſſe. Es ſchien nach den Worten, als ob alle Erben ausfallen ſollten, wenn nur einer derſelben an Erfüllung der Bedingung nicht Antheil nähme. Inzwiſchen waren die Worte nicht ganz deutlich. Daher konnte ein ſo außerordentlicher Sinn derſelben nicht angenommen werden.

§. 342. Der Fall einer conditionis mixtae iſt ausgenommen, wo der Wille eines Drittens, auf deſſen Vortheil dabey geſehen worden, zugleich erfodert wird, wenn die Bedingung würklich werden ſoll. Wenn in dieſem Falle der Dritte ſeine Einwilligung, nachdem ihm die Sache angetragen worden, verſagt; ſo wird die Bedingung als erfüllt angeſehen, ob ſie gleich nicht erfüllt worden. Der Erbe hat den Willen des Teſtirers, ſo viel an ihm lag, erfüllt. Des Dritten Vortheil war die Abſicht des Erblaſſers. Steht er ſeinem eignen Vortheil ſelbſt entgegen, ſo iſt zu glauben, daß der Teſtirer auf dieſen Fall die zu ſeinem Beſten gemachte Bedingung erlaſſen habe. Crell. an cond. quae per caſ. impleri nequit, impleta habeat. Richter de condit. poteſt. et mixt. caſu deficient. in vlt. vol. pro adimplet. habend. L. 3. de Cond. inſt. Si ita heres inſtitutus ſim: Si decem dedero; et accipere nolit, cui dare juſſus ſum: pro impleta conditione habetur. L. 11. eod. Si quis teſtamento hoc modo ſcripſerit: *Filius meus, ſi Titium adoptaverit, heres eſto: Si non adoptaverit, exheres eſto:*

et filio parato adoptare. Titius nolit ſe ad rogandum dare: erit filius heres, quaſi expleta conditione L. 23. eod. *Vter ex fratribus meis conſobrinam vxorem duxerit, ex beſſe heres eſto: Qui non duxerit, ex quadrante heres eſto.* Aut nubit alteri, aut non vult nubere. Conſobrinam qui ex his duxit vxorem habebit dodrantem, erit alterius quadrans. Si neuter eam duxerit vxorem, non, quia ipſi ducere noluerint, ſed quia illa nubere noluerit: ambo in partes aequales admittuntur. Plerumque enim haec conditio: *Si vxorem duxerit, ſi dederit, ſi fecerit,* ita accipi oportet, quod per eum non ſtet, quo minus ducat, det aut faciat. In L. 23 heiſt: Aut nubit — dodrantem: Wenn der eine Bruder eine andre freyt, oder gar nicht heyrathen will, ſo bekommt der andre, ſo die Couſine heyrathet, drey Viertheile, weil der andere nur 1 Viertheil haben ſoll. Bey S. neuter etc. wird vorausgeſezt, daß beyde Brüder gleich geneigt geweſen, das Frauenzimmer zu nehmen. Sollte der eine ſie nicht gewollt haben; der andere aber hat um ſie angehalten, und den Korb bekommen; ſo müſte dieſer drey Viertheile der Erbſchaft bekommen. Wollen ſie beyde die Bedingung erfüllen, das Mädchen will auch einen derſelben nehmen, ſo kommt es drauf an, wen das Mädchen wählt, oder wen, wenn ſie nicht wählt, das Loos beſtimmt. Dieſer bekommt die Frau und die gröſſere Erbportion.

§. 343. Gleiche Bewandnis hat es, wenn der Teſtirer bey der Bedingung den Vortheil oder die Entfernung eines Dritten zur Abſicht gehabt, bey dieſem ſich aber in der Folge ſolche Veränderungen zutragen, daß nun die Abſicht des Erblaſſers erreicht iſt, oder daß derſelbe nun dieſer Verfügung, ſo zu ſeinem Beſten geſchehen ſollen, nicht weiter bedarf. L. 8. §. 7. de Cond. inſtit. Mortuo autem vel manumiſſo Sticho, vivo teſtatore:

tore: qui ita heres inſtitutus eſt, *ſi juraſſet, ſe Stichum manumiſſurum*, non videbitur defectus conditione heres. Quamvis verum ſit, compellendum eum, manumittere, ſi viveret. Idem eſt, et ſi ita heres inſtitutus eſſet quis: *Titius heres eſto, ita vt Stichum manumittat*: aut: *Titio centum ita lego, vt Stichum manumittat*. Nam mortuo Sticho, nemo dicet, ſummovendum eum. Non videtur enim defectus conditione, ſi parere conditioni non poſſit. Impleta eſt enim voluntas, ſi poteſt. L. 3. C. de Inſt. et ſubſt. ſub cond. Si mater vos ſub conditione emancipationis heredes inſtituit, et prius, quam voluntati defunctae pareretur, ſententiam deportationis pater meruit: vel aliter defunctus eſt: morte ejus vel alio modo patria poteſtate liberati, jus adeundae hereditatis cum ſua cauſa quaeſiſtis.

§. 344. Wenn die Erbeinſetzung an ſich pure geſchehen, und nur die ungleiche Vertheilung der Portionen davon abhängt, ob eine Bedingung erfüllt wird, oder nicht; ſo bleibt die Erbeinſetzung dieſelbe, wenn auch die Bedingung nicht erfüllt wird, aber die Ungleichheit der Portionen fällt dann weg. L. 24. de Cond. inſtit. *Qui ex fratribus meis Titiam conſobrinam vxorem duxerit, ex beſſe heres eſto: Qui non duxerit, ex triente heres eſto.* Vivo teſtatore conſobrina defuncta, ambo ad hereditatem venientes ſemiſſes habebunt, quia verum eſt, eos heredes inſtitutos, ſed emolumento portionum eventu nuptiarum diſcretos.

§. 345. Iſt ein ſolcher, der unter eines andern Gewalt ſteht, bedingt zu Erben ernannt; ſo darf er ohne Einwilligung ſeines Vaters oder Herrn zum Behuf der Erbſchaft-Erlangung die Bedingung nicht erfüllen. L. 25. de Cond. inſtit. Sub conditione heres inſtitutus

 ſervus

ſervus ſine juſſu domini conditioni parere non poteſt. Da aber L. 5. de Cond. et dem. das Gegentheil ſteht, und dieſe leztere Stelle guten Grund hat, ſo iſt billig mit Cujacius L. 2. Obſ. 16. das non in unſerer Stelle wegzulaſſen, und conditione parere poteſt zu leſen. Conſtantin. Subtil. Enod. Otto Theſ. Tom. 4. p. 576. behält dies non bey, und lieſt in L. 5. de Cond. et demonſtr. ſtatt: quia eo facto nemo fraudatur, lieber: qua eo facto nemo fraudatur, Weil nemlich ein Unterſchied zwiſchen Bedingungen ſey, dadurch dem Herrn geſchadet werde und andern. Die Florentina hat das non. Iauch de Negat. p. 146. 191. Die Art des Ausdrucks, welche Conſtant. L. 5. annehmen will, iſt ſchlecht und ungewöhnlich. Daher iſt dem Cujac. beyzutreten, inzwiſchen in Gedanken doch mit der Einſchränkung die Sache zu verſtehen, daß der Herr keinen Schaden habe.

§. 346. Weil die Bedingung erfüllt werden muß, und der Erbe oft zaudert, man auch nicht weiß, ob er ſie erfüllen will, oder nicht; ſo wird von denen, welchen daran gelegen, gewiß zu ſeyn, wie es mit der Erbſchaft werden ſoll, der Erbe durch gerichtliche Hülfe angehalten, binnen gewiſſer Zeit zur Erfüllung Anſtalt zu machen, oder ſich der Erbſchaft zu begeben. L. 23. §. 1. de hered. inſt. Sed ſi bonorum poſſeſſionem non admittat, ſed conditionem trahat, cui facile parere poſſit: (veluti: *Si ſervum*, quem in poteſtate habeat, *manumiſerit:* nec manumittat) hic praetoris erunt partes, vt imitetur edictum ſuum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas. Der Erbe kann, indem die Bedingung noch in ſuſpenſo iſt, die Erbſchaft einſtweilen in Beſiz bekommen, wenn er bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas annimmt. Thut er ſolches nicht und macht auch ſonſt keine Anſtalt zur Erfüllung der Bedin-

dingung; ſo kommt der richterliche Zwang dazu. Veluti. Si ſervum, quem in poteſtate etc. Wenn der Teſtirer Jemanden unter der Bedingung ſeinen Knecht in Freyheit zu ſetzen, zu Erben ernennt, und der Erbe nicht gleich zur Freylaſſung Anſtalt macht.

§. 347. Sind Schulden vorhanden, und die Gläubiger wollen das Ihrige haben, ſo wird ebenfalls auch, während daß die Erbſchaft in ſuſpenſo iſt, eine gerichtliche Verfügung getroffen. Es wird nemlich eine Zeit geſezt, die man, ob die Bedingung ſich ereignen werde, abwarten will. Nach Ablauf dieſer Zeit droht der Richter einen Sequeſter der Erbſchaft zu beſtellen, welcher ohne fernere Abwartung der Bedingung einſtweilen für Befriedigung der Gläubiger aus der Erbſchaft ſorge L. 23. §. 2. de hered. inſtit. Item ſi conditioni heres parere non poterit, quam in ſua poteſtate non habebat; (Veluti inſtitutione collata in alterius factum, aut quemdam caſum. *Si ille* puta, *conſul factus fuerit*) tunc poſtulantibus creditoribus, conſtituet praetor; niſi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit: ſe bona defuncti creditoribus poſſidere juſſurum, et interim quae vrgebunt, per procuratores diſtrahi juſſurum §. 3. eod. Sed ſi ſub conditione quis heres inſtitutus ſit, et grave aes alienum ſit, quod ex poena creſcit, et maxime ſi publicum debitum imminet: per procuratorem ſolvendum aes alienum. Sicuti cum venter in poſſeſſione ſit, aut pupillus heres tutorem non habeat. §. 4, eod. Et ideo ait, cauſae cognitionem adjectam propter eos, qui ſine dilatione peregre eſſent, vel aegritudine, vel valetudine ita impedirentur, vt in jus produci non poſſint, nec tamen defenderentur §. 2. heiſt: quam in poteſtate non habebit, ſo viel, als: quia in ſua poteſtate non habet, oder quia eſt caſualis. Si parere non poterit: heiſt: wenn es nicht eine Sache

ſeiner Kräfte oder ſeines Beliebens, ſeiner Wahl, iſt, daß die Bedingung erfüllt werde. Niſi hereditas obtigerit, wenn nicht die Bedingung würklich geworden und dadurch dem eingeſezten Erben die Erbſchaft zugefallen. Et interim etc. nemlich nach abgelaufener Friſt. Die Verfügung iſt auch, nach abgelaufener Friſt, blos interimiſtiſch. Quae vrgebunt, was nothwendig gekauft und weggeſchaft werden muß. Zur Bezahlung der Schulden ſoll von Gerichtswegen vorzüglich geſchritten werden, wenn ſie fiscaliſche Schulden ſind, oder eine Vermehrung der Schulden auf den Verzug ſteht, wie ſolches bey der Immiſſione ventris nomine oder in bona pupilli indefenſi gewöhnlich. Creditoribus poſſidere juſſurum iſt ein Graecismus, iſt aber auch ſonſt nicht ungewöhnlich. Vielleicht aber muß man leſen; bona a defuncti creditoribus poſſideri juſſurum Rücker Obſervat. c. 4. §. 6. n. 11. Sine dilatione peregre eſſent, §. 3. die beſtändig abweſend ſeyn müſſen. Für dieſe und ähnliche Perſonen muß der Richter ex officio die Nothdurft beobachten.

§. 248. Zu welcher Zeit die Bedingung erfüllt werde, iſt gleichgültig. Es kann ſolches bey Leben des Erblaſſers, oder nach deſſen Tod geſchehen oder ſchon vor der Zeit des Teſtaments geſchehen ſey, welches der Erblaſſer etwa nicht gewuſt L. 7. C. de Inſtit. et ſubſtit. Si quis heredem ſcripſerit ſub tali conditione: *Si ille conſul factus fuerit vel praetor:* vel ita filiam ſuam inſtituerit heredem. Si nupta fuerit: vivo autem teſtatore vel ille conſul proceſſerit, vel praetor fuerit factus, vel filia ejus nupta fuerit, vel adhuc vivo teſtateor conſulatum quidem, vel praeturam ille depoſuerit, filia autem ejus a marito diverterit: omni veterum dubitatione exploſa, ſancimus, quandocunque impleta fuerit conditio ſive vivo eo, ſive mortis tempore, ſive

poſt

poſt mortem, conditionem videri eſſe completam. Quod et in legatis et fideicommiſſis et libertatibus obtinendum eſſe cenſemus: ne dum nimia vtimur circa hujusmodi ſenſus ſubtilitate, judicia teſtantium defraudentur L. 2. de Reg. Caton. Sed ſi ſic legaverit: *Si filia mea Titio nupta erit*; ſufficere viſum eſt, ſi mortis tempore nupta inveniatur, licet teſtamenti facti tempore fuerit impubes.

§. 349. **Wenn nicht bey Leben des ernannten Erben die Bedingung zur Würklichkeit kommt, ſo wird die Erbeinſetzung ungültig, ob ſie gleich nach deſſen Tode noch erfüllt würde. Erfüllt ſie aber der ernannte Erbe noch, oder wird ſie bey deſſen Leben erfüllt; ſo iſt nicht nöthig, daß er die Würklichkeit deſſen, ſo geſchehen ſollen, auch noch bey ſeinem Leben erfahren habe.** L. 5. pr. de reb. dub. Quidam relegatus, facto teſtamento, poſt heredis inſtitutionem et poſt legata quibusdam data, ita ſubjecit: *Si quis ex heredibus caeteriſve amicis, quorum hoc teſtamento mentionem habui, ſive quis alius, reſtitutionem mihi impetraverit ab imperatore, et ante deceſſero, quam ei gratias agerem: volo dari ei, qui id egerit, a caeteris heredibus aureos tot.* Vnus ex his, quos heredes ſcripſerat, impetravit ei reſtitutionem, et antequam id ſciret deceſſit. Cum de fideicommiſſo quaereretur, an deberetur: conſultus Iulianus reſpondit deberi. Sed etiam ſi non heres, vel legatarius, vel alius ex amicis curavit eum reſtitui, et ei fideicommiſſum praeſtari.

Zweyter Abſatz.

Von der Zeitbeſtimmung und Beſchreibung.

§. 350. Von der gewiſſen oder ungewiſſen Zeitbeſtimmung.
§. 351. Der Erbe kann vor Eintritt der beſtimmten Zeit

auf

auf die Erbſchaft bonorum poſſeſſionem erlangen. §. 352. Wiefern die Zeitbeſtimmung vom Todes Tage hergenommen werden könne. §. 353. Beſchreibung des Erben oder Hinweiſung auf ihn. §. 354. Art die gemeinte Perſon herauszubringen, wenn die Beſchreibung nicht zutrift. §. 355. Beruht dabey die Einſetzung auf einem Irrthume, ſo fällt ſie weg. §. 356. Falſche Beſchreibung ſchadet nicht. §. 357. Ingleichen ein falſcher Name. §. 358. Falſche Angabe von Verwandſchaft. §. 359. Wenn der Erbe die beſchriebene Eigenſchaft gehabt, aber verlohren, oder nicht gehabt, aber erlangt hat. §. 360. Wenn der Erbe die Benennung, wenigſtens von Einer Seite verdient. §. 361. Wenn die Beſchreibung wenigſtens nach dem Sinne des Erblaſſers paßt. §. 362. Fall des in Eigenſchaft eines adoptirten Bruders ernannten Erben. §. 363. Beſchreibung der Portion. §. 364. Schimpfliche Beſchreibungen des Erben. §. 365. Ohne Benennung des Erben. §. 366. Fall, wo die Beſchreibung Bedingung iſt.

§. 350.

Eine Zeitbeſtimmung, wird, wenn es ungewis iſt, ob dieſelbe ſich ereignen werde, als eine Bedingung angeſehen. Daher kann mit eben der Würkung, als dieſe, eine ſolche der Erbeinſetzung beygefügt werden. Nur eine gewiſſe Zeit, d. i. eine ſolche, von welcher ausgemacht iſt, daß ſie eintreten werde, darf man der Erbeinſetzung nicht beyfügen, ohne einen Erben vor und nach der Zeit zu beſtimmen. Majans de certo temp. inſtitut. adject. Anderer Geſtalt ſtirbt der Teſtirer pro parte teſtatus pro parte inteſtatus, und die Zeitbeſtimmung wird als nicht beygefügt angeſehen §. 9. J. de hered. inſtit. Heres et pure et ſub conditione inſtitui poteſt: ex certo tempore, aut ad certum tempus non poteſt: veluti: *poſt quinquennium, quam morior*; vel: *ex Calendis illis*; vel: *vsque ad Calendas illas heres eſto*. Denique diem adjectum haberi pro ſupervacuo placet, et perinde eſſe, ac ſi pure heres inſtitutus eſſet. L. 34. de

de hered. inſt. Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, ſed vitio temporis ſublato, manet inſtitutio.

§. 351. Iſt die Zeit ungewis, ſo iſt es auch hier, wie bey Bedingungen, daß nemlich vor Eintretung derſelben der Erbe die Erbſchaft nach dem bürgerlichen Rechte nicht bekommt. Jedoch konnte ſie der Erbe ſchon vorläufig erhalten, wenn er bonorum poſſeſſionem annahm. L. 23. pr. de hered. inſtit. Si quis inſtituatur heres in diem certum vel incertum: is bonorum poſſeſſionem agnoſcere poteſt: et tanquam heres diſtrahere hereditatem.

§. 352. Weil der Erbe nur unter einer Zeitbeſtimmung, die in Anſehung ihrer Ereignis ungewiß iſt, ernannt werden konnte, ſo folgte daraus, daß der Tag des Todes zwar zur Beſtimmung gebraucht werden konnte, ſo ferne ein dritter ſterben, nicht aber, ſo fern der ernannte Erbe ſelbſt erſt nach ſeinem Tode die Erbſchaft haben ſollte L. 9. C. de hered. inſtit. Extraneum etiam, cum quis moreretur, heredem ſcribi ſibi placuit. Der quis iſt hier nicht der Erbe, ſondern ein Dritter. Der Extraneus wird hier dem filio ſuo entgegen geſezt. Weil der Todes Tag eines Dritten für den Erben als eine Caſual-Bedingung anzuſehen war: ſo hatte dieſe Zeitbeſtimmung nur bey andern, als filiis ſuis, ſtatt. Denn filii ſui konnten nur unter einer Poteſtativ Bedingung Erben werden.

§. 353. Man kann auch den Erben, ſtatt ihn zu nennen, oder daneben, daß man ihn nennt, beſchreiben. Die Hinweiſung auf den Erben kann auch durch einen Fingerzeig geſchehen L. 58. pr. de hered. inſt. Nemo dubitat, recte ita heredem nuncupari poſſe: *Hic mihi heres eſto:* cum ſit coram, qui oſtenditur.

§. 254.

§. 254. Wenn die Beſchreibung ſo beſchaffen, iſt, daß man darnach die Perſon heraus finden kann; ſo iſt nichts einzuwenden. Iſt ſolches aber nicht möglich, ſo iſt die Erbeinſetzung wegen Unverſtändlichkeit und Ungewißheit ungültig. L 5. de reb. dub. *Quem heredi meo dixero velle me liberum eſſe, liber eſto. Cui vt dare damnas ſit heres meus, dixero ei heres meus dare damnas eſto.* Teſtatoris voluntas, ſi quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda eſt. L. 27. eod. Si de pluribus vnum manumitti voluerit, nec appareat, de quo manumittendo teſtator ſenſit: nulli eorum fideicommiſſa competit libertas L. 28. eod. Qui habebat Flacum fullonem et Philonicum piſtorem: vxori Flaccum piſtorem legaverat. Qui eorum et num vterque deberetur? Placuit, primo eum legatum eſſe, quem teſtator legare ſenſiſſet. Quod ſi non appareret: primum inſpiciendum, an nomina ſervorum dominus nota habuiſſet. Quod ſi habuiſſet: eum deberi, qui nominatus eſſet, tametſi in artificio erratum eſſet. Sin autem ignota nomina ſervorum eſſent, piſtorem legatum videri, perinde ac ſi nomen ei adjectum non eſſet, L. 62. §. 1. de hered. inſtit. Quoties non apparet quis heres inſtitutus ſit: Inſtitutio non valet. Quippe evenire poteſt, ſi teſtator complures amicos eodem nomine habeat, et ad deſignationem nominis ſingulari nomine vtatur. Niſi ex aliis apertiſſimis probationibus fuerit revelatum, pro qua perſona teſtator ſenſit L. 9. §. 9. eod. Heres inſtitui, niſi vt certe demonſtretur, nemo poteſt. Bey Verwechſelung der Namen und Lebensart und Kunſt der Knechte giebt es Vermuthungen und Umſtände, nach welchen der, welchen der Erblaſſer gemeint hat, herausgebracht werden kann. Weiß man den Sinn aus ſonſtigen Gründen; ſo iſt es gut. Wo nicht; ſo beſtimmt man die Perſon entweder nach dem zutreffenden Namen, oder nach der zutreffenden Kunſt, die

der

der Knecht kann, nachdem dem Erblaſſer die Namen oder die Kenntnis jedes Knechts beſſer bekannt geweſen. Conradi de volunt. teſtat. dub. ob error. in nom. vel demonſtr. hered. vel legatar. commiſſ.

§. 355. Wofern die Beſchreibung des Erben von einem Irrthum des Erblaſſers herkommt, der den Erben für etwas gehalten, das er nicht iſt, und der ihm lediglich darum ernannt, weil er in ſeiner Qualität geirrt, ſo iſt die Erbeinſetzung als irrig ohne Kraft L. 5. C. de teſtam. Neque profeſſio, neque adſeveratio nuncupantium filios, qui non ſunt, veritati praejudicat: et quae vt filiis teſtamento relinquuntur, juxta ea, quae a principibus ſtatuta ſunt, non deberi certi juris eſt. Daß Behauptungen der Teſtirer im Teſtament keine Evangelia ſind, iſt ſchon oben bey der Natur der Teſtamente überhaupt vorgekommen. Wenn ich aus Irrthum den für meinen Sohn gehalten, der es nicht iſt, und ihn deshalb zum Erben ernannt, ſo bekommt er nichts.

§. 356. Weiß man die gemeinte Perſon gewiß; ſo ſchadet es nicht, daß die Beſchreibung auf ſie nicht paßt. Die Erbſchaft wird dem gemeinen Erben dennoch zu Theil. L. 48. §. 3. de hered. inſtit. Si in patre, vel patria, vel alia ſimili adſumtione falſum ſcriptum eſt: dum de eo, qui demonſtratus ſit, conſtet: inſtitutio valet.

§. 357. Inſonderheit ſchadet ſodann ein falſcher Name nicht, welchen man der gemeinten Perſon beygelegt hat L. 4. C. de teſtam. Si in nomine, vel praenomine, ſeu cognomine, ſeu agnomine, teſtator erraverit, nec tamen de quo ſenſerit, incertum ſit: error hujusmodi nihil officit veritati.

§. 258.

§. 358. Die falſche Benennung von Verwandſchaft ebenfalls L. 5. C. de hered. inſtit. Non ideo minus uxor tua jure heres videtur inſtituta, quod non vxor, ſed adfinis teſtamento nominata eſt.

§. 359. Beſonders iſt die Verordnung ohne Tadel, wenn der ernannte Erbe entweder zur Zeit des Teſtaments die ihm beygelegte Qualität würklich hatte, ob er ſie gleich hernach verlohren; oder dieſelbe in der Folge erlangt hat, da ſie ihm anfänglich nicht zukam. L. 19. pr. de reb. dub. Si cognatis legatum ſit, et hi cognati quidem eſſe deſierunt, in civitate autem maneant; dicendum deberi legatum. Cognati enim teſtamenti facti tempore fuerunt. Certe ſi quis teſtamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus eſt per arrogationem: facilius legatum conſequitur.

§. 360. Oder wenn der ernannte Erbe die vom Teſtirer ihm beygelegte Benennung zwar nicht von der einen Seite, jedoch von der andern verdient. L. 58. §. 1. de hered. inſt. Qui frater non eſt, ſi fraterna caritate diligitur, recte cum nomine ſuo ſub appellatione fratris heres inſtituitur.

§. 361. Eben ſo bleibt es bey der Erbeinſetzung, wenn die geſchehene Bezeichnung zwar bey den ernannten Erben nicht genau zutrift, jedoch, dem Sinne des Erblaſſers nach, es ſo gut iſt, als ob die Beſchreibung paßte; und ſolche Beſchreibung das, was ſich jetzo findet, nach der Abſicht des Teſtirers mit unter ſich begreift. L. 4. C. de poſthum. hered. inſt. Quidam cum teſtamentum faciebat his verbis vſus eſt: *Si filius vel filia intra decem menſium ſpatium poſt mortem meam editi fuerint, heredes ſunto*, vel ita dixit. *Filius vel filia*

filia, qui intra decem menſes proximos mortis meae naſcentur, heredes ſunto. Iurgium antiquis interpretatoribus legum exortum eſt, an videantur non contineri teſtamento et hoc ruptum facere. Nobis itaque eorum ſententiam decidentibus, cum frequentiſſimas leges poſuimus teſtatorum voluntates adjuvantes: ex neutra hujusmodi verborum compoſitione ruptum fieri teſtamentum videtur: ſed ſive vivo teſtatore, ſive poſt mortem ejus, intra decem menſes a morte teſtatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti: maneat teſtatoris voluntas immutilata, vel poenam patiatur praeteritionis, qui ſuos filios non praeteriit. Durch dieſe Verordnung, nach welcher die ernannten Nachkommen, welche nach dem Tode gebohren werden möchten, diejenigen unter ſich begreifen, welche nach dem Teſtament bey Leben des Teſtirers gebohren werden, iſt dem alten Rechte entgegen geſezt, nach welchem die Beſtimmung der Kinder nach dem Tode, die bey Leben des Erblaſſers gebohrnen nicht mit begreift. Die Stelle redet zwar nur von Kindern des erſten Grades, iſt aber, ihrem Grunde nach, auch auf Enkel auszudehnen. Das Gegentheil behauptet mit Unrecht Suerin Repet. lect. Otto Theſ. Tom. 4. p. 67. cf. Commodiſſime. et L. Gallus §. Forſitan. de lib. et poſtum. L. Si pater filium. de vulg. ſubſt.

§. 362. Ein beſonderer Fall, wo die Erbeinſetzung wegen falſcher Beſchreibung der Perſon nicht galt, ſteht L. 7. C. de hered. inſt. Nec apud peregrinos fratrem ſibi quisquam: per adoptionem facere poterat. Cum igitur quod patrem tuum voluiſſe facere dicis, irritum ſit: portionem hereditatis; quam is, adverſus quem Supplicas, velut adoptatus frater heres inſtitutus tenet: reſtitui tibi praeſes provinciae curae habebit. Der Teſtirer hatte, da er ſich auſſer dem Römiſchen Staat auf-

hielt, an dem Orte ſeines Aufenthalts Jemand an Bruders ſtatt angenommen. Dies galt nicht, weil die Geſetze davon nichts wuſten. Er hatte dieſen Freund als ſeinen Bruder zum Erben ernannt. Das galt auch nicht. Vermuthlich nahm man an, der Teſtirer habe aus Irrthum ihn ernannt, weil er ihn nun für einen würklichen rechtmäſig erwählten Bruder gehalten, oder er habe mit Vorſatz den Geſetzen zu wider vornehmen wollen, was ſie nicht geſtatteten. In beyden Fällen war es nicht unbillig, daß die Erbeinſetzung für ungültig gehalten wurde.

§. 363. Unterweilen beſtimmt die Beſchreibung nicht die Perſon des Erben, ſondern die Portion, ſo er erhalten ſoll. Hier geht es ebenfalls nach obigen Grundſätzen.

§. 364. Es ſchadet der Erbeinſetzung nichts, wenn auch die Beſchreibung des Erben Dinge enthält, die demſelben nicht zur Ehre gereichen Rivin. de Inſtit. hered. cum maledict. L. 48. §. 1. de hered. Inſtit. Illa inſtitio valet: *Filius meus impiiſſimus, male de me meritus, heres eſto.* Pure enim heres inſtituitur cum maledicto. Et omnes hujusmodi inſtitutiones receptae ſunt.

§. 365. Doch muß in dieſem Falle der Erbe ſelbſt genannt ſeyn. Hat man ſtatt des eigentlichen Namens eine beſchimpfende Bezeichnung von ihm gemacht, ſo gilt es nicht L. 9. §. 8. de hered. inſt. Si quis nomen heredis quidem non dixerit, ſed indubitabili ſigno eum demonſtraverit, quod pene nihil a nomine diſtat, non tamen eo, quod contumeliae cauſa ſolet addi: valet inſtitutio. Herald Obſerv. Otto Theſ. Tom. 2. p. 1346. glaubt, ein Kind könne man mit Beſchimpfung ernennen, aber

aber einen Fremden nicht, weil jenes ſich vom Vater alles gefallen laſſen müßte, nicht aber dieſer.

§. 366. Wenn der Erblaſſer durch die Beſchreibung eine Art der Bedingung in dieſem Falle zugleich ausgedrückt hat, ohne welche der ernannte Erbe nichts erhalten ſoll; ſo verſteht ſich, daß er da nichts bekommt, wo die Beſchreibung ausfällt. L. 29. de hered. inſt. Hoc articulo: *quisque* omnes ſignificantur. Et ideo Labeo ſcribit: Si ita ſcriptum ſit: *Titius et Sejus, quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit ſcriptum, heres mihi eſto:* niſi omnes habeant ſcriptum heredem teſtatorem, neutrum heredem eſſe poſſe, quoniam ad omnium factum ſermo refertur. In quo puto teſtatoris mentem reſpiciendam. Sed humanius eſt, eum quidem, qui teſtatorem ſuum heredem ſcripſerit, in tantam partem ei heredem fore: qui autem eum non ſcripſerit, nec ad hereditatem ejus admitti. Hier nimmt A. Faber Err. pragm. D. 36. E. 1. von In quo puto etc. an einen bloßen Zuſatz Tribonians an. Denn wenn nur diejenigen Erben werden ſollten, welche den Erblaſſer gegenſeitig ernannt, ſo kann kein anderer einen Theil erhalten, den er demſelben nicht ebenfalls zugedacht hat. Und wenn nur einer dem Erblaſſer etwas vermacht, ſo kann ſolcher nicht über ſeinen dem Erblaſſer gegebenen Theil die ganze übrige Erbſchaft bekommen cf. deſſen Err. pragm. D. 51. E. 9. Habuerit iſt hier das Praeteritum. Es konnte auch das Futurum ſeyn. Denn wäre aber eine Inſtitutio captatoria vorhanden. Es kommt darauf an, ob der Erbe ſchon vorher den Teſtirer ernannt hat, oder ihn erſt hernach ernennt. In jenem Falle iſt des Teſtirers Inſtitutio gültig, in dieſem Falle nicht. Bynkersh. de capt. inſt. c. 9. Denn in jenem Falle findet ſich eine zutreffende Beſchreibung. In dieſem Falle nicht, weil auf künftige Einſetzung der Erblaſſer nicht gezielet,

ſolche Abſicht auch wider die Geſetze ſeyn würde. A. Fabers Scrupel läßt ſich leicht heben, weil, wenn ein oder der andere Erbe dem Erblaſſer gegenſeitig ernannt hat, dieſer das jus accreſcendi in Anſehung der ganzen Erbſchaft ausüben kann, welches in dieſem Falle nicht ausgeſchloſſen iſt.

Dritte Section.

Die nothwendige Erbeinſetzung.

Erſtes Membrum.

Perſonen, welchen Pflichttheil gebühret.

§. 367. Perſonen, welchen der Pflichttheil zu laſſen überhaupt. §. 368. Beſonders Deſcendenten von Spillmagſchaft. §. 369. Emancipirte Kinder. §. 370. Eine Enkelin, deren Vater emancipirt war. §. 371. Uneheliche Kinder. §. 372. Adoptirte und Poſtumi. §. 373. Quarta Divi Pii. §. 374. Adoptirte von Frauenzimmern. §. 375. Adoptirte in Anſehung des leiblichen Vaters. §. 376. Legitimirte. §. 377. Aſcendenten. §. 378. Der Vaters eines adoptirt geweſenen Sohns. §. 379. Regel von den Pflichttheil der Aſcendenten. §. 380. Pflichttheil in dem pupillariſchen oder quaſi pupillariſchen Teſtamente. §. 381. Sonſt hatten nur vollbürtige Geſchwiſter und Halbgeſchwiſter vom Vater her den Pflichttheil. §. 382. Ob Halbgeſchwiſter von der Mutter her nun den Pflichttheil erhalten. §. 383. Pflichttheil der unehlichen Geſchwiſter und der Legitimirten. §. 384. Der Geſchwiſter Kinder. §. 385. Die Einſchränkung der Geſchwiſter Pflichttheil auf den Fall ernannter unanſtändiger Erben war ehemals nicht. §. 386. Wohl aber die Einſchränkung des Pflichttheils bis auf Geſchwiſter. §. 387. Neuerlich iſt die Einſchränkung auf Geſchwiſter und Geſchwiſter-Recht gewiß. §. 388. Der Pflichttheil wird nach der Ordnung der Inteſtat-Erbfolge gefodert.

§. 389.

§. 389. Die Tochter des Teſtirers geht darin deſſen Vater vor. §. 390 a. Verhältnis der Eltern und Geſchwiſter gegen einander in ältern und neuern Zeiten.

§. 367.

Bey der Erbeinſetzung, welche Perſonen betrift, denen man einen Pflichttheil ſchuldig iſt, kommen vielerley Beſonderheiten vor. Es gehören zu dieſen Perſonen Kinder, Eltern und Geſchwiſter, welche auch Inteſtaterben ſeyn würden. Geſchwiſtern aber gebührt nur alsdenn ein Pflichttheil, wenn der im Teſtament ſtehende Erbe ein ſchlechter, unanſtändiger, oder ehrloſer Menſch iſt. cf. Wahl de juſta liberos hered. inſtit. form. ab Edlenbach de lib. parent. et fratrib. hered. inſtit. Vom Pflichttheil der Kinder beſonders handelt Nebel de legit. liberor. Hüpeden de nepot. quorumd. in legit. ab avo inſtit. cum reliq. diverſor. liberor. jam defunctor. deſcend. mediat. concurr. port. legali. Vom Pflichttheil der Eltern ſiehe Nettelblatt Hiſtor. jur. civil. de legit. port. parent. Hering de comput. legit. matr. in concurſ. cum germ praeterit. Wagner parent. poſt legit. trient. eſſe. de Lichtenſt. Controverſ. pentas de legit. parent. Lohner von dem Pflichttheil der Eltern.

§. 368. Was Kinder anbetrift, ſo kam der Pflichttheil ihnen und allen Deſcendenten zu, welche nur irgend nach bürgerlichen oder prätoriſchen Rechten Inteſtaterben werden konnten. Alſo auch ſolchen, die durch weibliche Mittel verwandt waren. Ueberhaupt richtet ſich der Pflichttheil und die Inofficioſitätsklage nach der Inteſtaterbfolge, und iſt ſolches von jeher geweſen. Nur muß man unter der Inteſtatfolge in den ältern Zeiten nicht die ſtrenge bürgerliche, ſondern mehr die prätoriſche billige verſtehen. L. 5. de inoff. teſt. Nam et his, qui non

ex maſculis deſcendunt, facultas eſt agendi: cum et de matris teſtamento agunt, et obtinere adſidue ſoleant. Hujus autem verbi de inofficioſo vis illa (vt dixi) eſt, docere immerentem ſe, et ideo et indigne praeteritum, vel etiam exheredatione ſummotum. Resque illo colore defenditur apud judicem, vt videatur ille quaſi non ſanae mentis feciſſe, cum teſtamentum inique ordinaret.

§. 369. Emancipirte Söhne behalten ebenfalls ihren Pflichttheil, weil ihnen die prätoriſchen Rechte wenigſtens die Inteſtatfolge geben. L. 23. pr. de inoff. teſt. Si ponas filium emancipatum praeteritum, et ex eo nepotem in poteſtate retentum heredem inſtitutum eſſe, filius poteſt contra filium ſuum, teſtatoris nepotem, petere bonorum poſſeſſionem: queri autem de inofficioſo teſtamento non poterit. Quodſi exheredatus ſit filius emancipatus, poterit queri, et ita jungetur filio ſuo, et ſimul cum eo hereditatem obtinebit. Wenn der emancipirte Sohn mit Stillſchweigen übergangen war, ſo hatte er bonorum poſſeſſionem contra tabulas, wodurch er, wenn er mit ſeinem eigenen in des Großvaters Gewalt gebliebenen Kinde zu thun hatte, die Mit-Succeßion neben demſelben erhielt, ſo wie er in caſu inteſtati durch die bonorum poſſeſſionem vnde liberi gleichen Zweck erlangte. Wenn er enterbt war, ſo hatte er bonorum poſſeſſionem litis ordinandae, und denn die Inofficioſitätsklage. Dieſe brachte alles ad cauſam inteſtati. Alſo bekam er auch hier nur neben ſeinem Kinde die Miterbſchaft.

§. 370. Noch vielmehr konnte eine Enkelin, welche der Großvater in ſeiner Gewalt behalten, nachdem er ihren Vater, ſeinen Sohn, der Gewalt entlaſſen, das Teſtament des Pflichttheils wegen anfechten. L. 7. C. de inoff.

inoff. teſt. Neptem defuncti actione de inofficioſo teſtamento, quamvis pater ejus emancipatus fuerit defunctus, experiri poſſe, ignorare non debes.

§. 371. Uneheliche beerben ab inteſtato die Mutter und mütterliche Verwandſchaft, alſo haben ſie auch nur da einen Pflichttheil zu fodern Die zu den natis ex damnato coitu gehören, fallen ab inteſtati und im Teſtamente weg. L. 29. §. 1. de inoff. teſt. De inofficioſo teſtamento matris ſpurii quoque filii dicere poſſunt. Die unehlichen beerbten die Mutter ex Senatusconſulto Orficiano, und wurden auch ſonſt bey der mütterlichen Verwandſchaft ex edicto vnde cognati zugelaſſen. Neuerlich iſt dies Recht noch verſtärkt.

§. 372. Adoptirte Kinder haben nur auf Pflichttheil Anſpruch, wenn die Adoption väterliche Gewalt würkt, welches bey der Arrogation und adoptione plena geſchieht. §. 2. I. de inoff. teſt. Tam nati naturales liberi, quam ſecundum noſtrae conſtitutionis diviſionem adoptati, ita demum de inofficioſo teſtamento agere poſſunt, ſi nullo alio jure ad defuncti bona venire poſſint. Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioſo agere non poſſunt. Poſtumi quoque, qui nullo alio jure venire poſſunt, de inofficioſo agere poſſunt. Die Inofficioſitätsklage war eine actio ſubſidiaria. Daß poſtumi nach neueſtem Rechte das Teſtament ipſo jure ungültig machen, worin man ſie ausgeſchloſſen, iſt anderwärts geſagt.

§. 373. Die, ſo in der Impubertät arrogirt worden, haben, ſtatt des Pflichttheils, die quartam divi Pii, welche jezt ebenfalls nach der Gröſſe des wahren Pflichttheils ſich richten muß. Weil ſie aber deshalb eine beſondere condictionem ex lege haben, ſo fiel die Inofficio-

officioſitätsklage im Falle der Ausſchlieſſung weg. L. 8. §. 15. de inoff. teſt. Si quis impubes arrogatus ſit ex his perſonis, quae et intra adoptionem et emancipationem queri de inofficioſo poſſunt, hunc puto removendum a querela, cum habeat quartam ex conſtitutione divi Pii. Quod ſi egit, nec obtinuit: an quartam perdat? Et puto, aut non admittendum ad inofficioſum, aut, ſi admittatur, etſi non obtinuerit, quartam ei, quaſi aes alienum, concedendam. Der Grund des Geſetzes iſt, daß die Inofficioſitätsklage blos ſubſidiariſch iſt. Hat ſie der Arrogirte doch erhoben, und hat den Proceß verlohren, ſo iſt er in Anſehung ſeiner Quarte nicht mit der Strafe der grundlos erhobenen Querel zu belegen, theils weil die Querel eigentlich auf ihn nicht paßte, theils weil die quarta divi Pii kein Emolument des Teſtaments iſt. Sie wird dadurch von den übrigen Pflichttheil unterſchieden, daß die Ausſchlieſſung davon nie das Teſtament ungültig macht, ſo daß weder Nullitäts- noch Inofficioſitäts-Querel deshalb ſtatt finden, ſondern ſie blos ſalvo teſtamento gefodert wird. Wegen der in fraudem dieſer Quarte gemachten Veräuſſerungen wird actio Calviſiana und Fabiana angeſtellt. L. vlt. Si quid in fraud. patron. Wenn auch ſolche, die vorher die gewöhnliche Legitimam zu fodern hatten, als Impuberes arrogirt werden, ſo ſollen ſie nun lediglich an die Quartam divi Pii ſich halten. Das et emancipationem hat hier keinen Sinn, und wird daher von A. Faber als ein unächter Zuſatz angeſehen.

§. 374. Weil aber Frauenzimmer nicht adoptiren dürfen, ſo war es natürlich, daß ein Menſch, der von der Verſtorbenen adoptirt ſeyn wollte, mit ſeiner Foderung gegen deren Teſtament abgewieſen wurde. L. 29. §. 3. de inoff. teſt. Quoniam foemina nullum adoptare filium ſine juſſu Principis poteſt, nec de inofficioſo teſtamen-

ſtamento ejus, quam quis ſibi matrem adoptivam falſo (eſſe) exiſtimabat, agere poteſt.

§. 375. Ein Adoptirter hat auch vom leiblichen Vater noch immer den Pflichttheil zu fodern.

§. 376. Legitimirte haben dieſen Theil ſelbſt vom Vater zu fodern, und wenn ſie per ſubſequens matrimonium legitimirt ſind, von der ganzen väterlichen Aſcendenz. Chiflet de portion. legit. Otto Theſ. Tom. 5. p. 732. ſq.

§. 377. Nach den Deſcendenten gebührte der aufſteigenden Linie der Pflichttheil. L. 15. pr. de inoff. teſt. Nam etſi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentium et naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet. Die Mutter erbte ab inteſtato ex SCto Tertulliano, der Vater als Manumiſſor, jure patris und vnde decem perſonae.

§. 378. Wenn der Vater ſeinen Sohn von einem andern adoptiren laſſen, dieſer aber ſolchen emancipirt hat, und der Sohn alsdenn ein Teſtament gemacht, worin er den leiblichen Vater ausgeſchloſſen: ſo kann dieſer leibliche Vater wegen nicht verlaſſenen Pflichttheils das Teſtament anfechten. L. 30. pr. de inoff. teſt. Adverſus teſtamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioſo teſtamento agere poteſt. Man muß annehmen, daß der Sohn vom Pflegevater emancipirt worden, weil er ſonſt kein Teſtament machen können. Ab inteſtato gieng hier der leibliche Vater ex edicto vnde decem perſonae verſchiedenen andern Erben vor.

§. 379. Es iſt eine Regel, daß diejenigen Aſcendenten, von welchen die Deſcendenten den Pflichttheil bekommen, ſolchen auch von dieſen erhalten. Nur der Arrogator bekommt nicht die Quarta divi Pii vom Arrogirten. Chiflet. l. c. p. 735.

§. 380. Wenn der Vater ſeinem Kinde ein Teſtament gemacht hat; ſo kann zwar wegen der Ausſchlieſſung derer, welche vom Kinde einen Pflichttheil zu fodern haben, das Teſtament nicht umgeſtoſſen werden, weil die Ausſchlieſſung nicht vom Kinde herrührt, aber eine condictio ex lege zu Erhaltung des Pflichttheils iſt den Ausgeſchloſſenen nicht zu verſagen. Grangiani Paradox. Otto Theſ. Tom. 5. p. 642. Bey der quaſi Pupillar-Subſtitution iſt für die nächſten Verwandten ohnedem, ſub poena nullitatis, geſorgt. L. 8. §. 5. de inoff. teſt. Sed nec impuberis filii mater inofficioſum teſtamentum dicat: quia pater ei hoc fecit: et ita Papinianus reſpondet: Nec patris, frater: quia filii teſtamentum eſt. Ergo nec frater impuberis, ſi patris non dixit. Sed ſi in patris obtentum eſt, nec hoc valebit, niſi (ſi) pro parte patris reſciſſum eſt. Tunc enim pupillare valet. Reichel vtrum legit. ex teſtam. a patre cond. compet. matri. Sanſon an ſubſtit. pupill. privet matrem jure pet. legit. de Borny de concurſ. matr. et filio ſubſtit. extran. a Frundeck an ſubſtit. pupill. exclud. matr. Heisler de pupill. ſubſtit. hered. legit. in prim. matrem exclud. de Dalberg de matre praeter. vel excluſ. teſtam. patr. pupill. ſubſtit. per quer. inoff. expugn. Einert de diſſenſ. jur. patr. et ſubſid. in quaeſt. vtrum ſubſtitut. pupill. mater jure petendi legit. privet. Küſtner de pupill. teſtam. praeter. impub. matre rato. Des Vaters Bruder kann das Teſtament nicht anfechten. So fern der Teſtirer ſich ein Teſtament gemacht, iſt ein Kind da, welches den Bruder ausſchließt. So fern er dem Kinde das

das Teſtament gemacht, würde der Vaters Bruder aus des Bruders Sohns Teſtament einen Pflichttheil verlangen, ſo nirgend geſtattet iſt. Hat der Bruder des Kindes des Vaters Teſtament ganz durch die Querel umgeworfen; ſo fallen auch die Legata und andern Anhänge, mithin auch die Pupillar-Subſtitution, nach den alten Grundſätzen, weg. Iſt die Erbeinſetzung in des Vaters Teſtamente nur zum Theil umgeworfen, ſo bleibt die Pupillar-Subſtitution bey Kräften. Nach dem neueſten Rechte bleibt dieſe, und wenn auch die Erbeinſetzung des väterlichen Teſtaments durch die Querel ganz zerfällt.

§. 381. Vollbürtige Geſchwiſter und Halbgeſchwiſter vom Vater her, erhielten ehemals dieſen Pflichttheil neben einander, weil ſie auch neben einander Inteſtaterben waren. Nachdem ſich aber die Beerbung ab inteſtato geändert, ſo erhalten conſanguinei den Pflichttheil nur, wenn ihnen keine vollbürtige Geſchwiſter vorgehen. Halbgeſchwiſter von der Mutter her erhielten ſonſt keinen Pflichttheil, weil ſie auch ab inteſtato kein Erbrecht hatten. Auch dieſen Punkt hat das neue Recht geändert, und vterini haben in der Inteſtat-Succeßion mit conſanguineis gleiche Rechte. Alſo iſt eben dieſes vom Pflichttheil zu ſagen. Das ältere Recht lehrt L. 27. C. de inoff. teſt. Fratres vel ſorores, yterini ab inofficioſi actione contra teſtamentum fratris vel ſororis penitus arceantur, conſanguinei autem durante agnatione, (vel non) contra teſtamentum fratris ſui, vel ſororis de inofficioſo quaeſtionem movere poſſunt, ſi ſcripti heredes infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adſpergantur: vel liberti, qui perperam, et non bene merentes, maximisque beneficiis, ſuum patronum adſecuti, inſtituti ſunt: excepto ſervo neceſſario herede inſtituto. cf. v. d. Poll de Exher. et praeterit. c. 62. ſq. Reinold ad L. 27. C. de inoff. teſt. Dieſe

Stelle

Stelle ſteht in Cod. Th. L. 3. de inoff. teſt. womit der nachher vorkommende L. 1. C. Th. eod. zu verbinden. Servus neceſſarius heres inſtituendus eſt, quia non magis patrimonium, quam infamiam conſequi videtur. Vnde claret, actionem inofficioſi fratribus relaxatam, cum infamiae adſpergitur vitiis is, qui heres exſtitit, omniaque fratribus tradi, quae per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non poteſt inſtitutus. Ita in hac quoque parte, ſi quando libertis heredibus inſtitutis, fratres fuerint alieni, inofficioſi actione propoſita, praevaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere. Die Verordnung iſt von Conſtantin M. und iſt ein Bruchſtück einer weitläuftigern Conſtitution deſſelben, wovon der andere Theil den Rückfall der Freygelaſſenen in die Knechtſchaft wegen Undankbarkeit betrift. Der Sinn derſelben geht dahin: wenn ein Freygelaſſener dergeſtalt zur Freyheit gekommen, daß er, als ein heres neceſſarius ſeines verſtorbenen Herrn Schande der Vergantung übernehmen müſſen; ſo können die Brüder gegen ihn nicht klagen. Heres inſtituendus eſt ſoll hier heiſſen: er iſt bey der ihm verlaſſenen Erbſchaft zu ſchützen. Sonſt aber, wo dieſer Fall nicht iſt, kann derjenige Erbe, der eine ſchimpfliche und unanſtändige Perſon iſt, und alſo auch ein Freygelaſſener, den Brüdern nicht vorgezogen werden. Daher haben dieſe die Inofficioſitätsklage gegen ihn. Vnde claret etc. Turpitudo, aliqua levis nota, infamiae vitia zeigen eine Perſon an, die entweder würklich ehrlos, oder doch wenigſtens ein zu ſchlechter und unanſtändiger Erbe iſt. Theophilus lib. 2. tit. 18. Harmenop. L. 5. tit. 6. §. 2. erwähnen aurigas, mimos, arenarios, turpique conſuetudine cognitos. Der alte Erklärer des L. 1. C. Th. de inoff. teſt. nennt meretrices, naturales et thymelicos, welche ad Scenicos gehören. Infamia juris behaftete ſind allerdings hieher gehörig.

hörig. Aber auch die, welche nur eine infamiam facti an ſich haben. Auch Unehliche. Die Baſilicae erwähnen, als ſolche, gegen welche Quer. inoff. ſtatt findet, 1) infames, 2) turpes etiam ex leviſſima infamia, 3) libertos, qui maximis beneficiis ſuum patronum remunerati non ſunt, 4) ſervos heredes non neceſſarios (ob aes alienum,) Dieſem hat nun Tribonian noch zwey neue Gedanken beygefügt. Zuerſt hat er den Unterſchied zwiſchen vterinis und conſanguineis bemerkt. Sodenn ſezt er die Schweſtern und noch einen Fall hinzu, wo Freygelaſſene des Erblaſſers den Geſchwiſtern vorgehen, wenn ſie nemlich beſondere Verdienſte um den Verſtorbenen ſich erworben. Einen Theil des Zuſatzes hat Iuſtinian aus L. 1. C. Th. de inoff. teſt. entlehnt, wo es heiſt: Fratres vterini ab inofficioſis actionibus arceantur: et germanis tantummodo fratribus adverſus eos duntaxat inſtitutos heredes, quibus inuſtas conſtiterit eſſe notas deteſtabilis turpitudinis, agnatione durante, ſine auxilio praetoris petitionis aditus reſeretur. Auch dieſes iſt eine Verordnung des Conſtantin. M. Vor ihm muſten Geſchwiſter, wenn ſie die Querel brauchen wollten, allemal erſt bonorum poſſeſſionem contra tabulas anerkennen. Dies iſt durch Conſtantin aufgehoben. Daß blos bey conſanguineis die Einſetzung unanſtändiger Erben erfodert werde, hingegen bey germanis dies Erfordernis nicht ſey, behauptet v. d. Water Obſ. L. 1. c. 12. Es iſt aber falſch, und unſer L. 1. C. Th. erweißt gerade das Gegentheil. Der Gegenſatz: vterini, gegen die germanos zeigt ſchon, daß alle auſſer den vterinis gleiche Rechte haben ſollen. Dies ſind aber germani und conſanguinei. Der Cod. Iuſt. hat dafür conſanguinei geſezt, weil dieſe beyden Arten der Geſchwiſter nicht unterſchieden wurden. Die Worte: durante agnatione, paſſen ſo gut auf germanos als conſanguineos, und zielen auf den Fall, da der Bruder in

die Knechtſchaft gerathen, oder emancipirt worden. In Cod. Iuſtin. iſt bey maximis beneficiis patronum aſſecuti, das non ausgelaſſen, da es non adſecuti heiſſen ſoll, welches auch die Baſilicae beſtärken. Wie die Gloſſen der Griechen mit L. 27. zu vereinigen, lehrt Neri Anal. Ott. Theſ. Tom. 2. p. 413. ſq. Wie Vonk und Schroeder L. 27. C. verändern, ſehe man bey Püttm. Probabil. p. 114. Otto Comm. ad Inſt. p. 297. lehrt, wiewohl ohne gnugſamen Beweis, anfänglich hätten alle Geſchwiſter die Querel gehabt, hernach wäre ſie auf vollbürtige eingeſchränkt, L. 1. C. Th. h. t. ſodann auf conſanguineos ausgedehnt worden. Wie ſchon angeführt, begreift L. 1. C. Th. auch die conſanguineos, und L. 27. C. benennt unter conſanguineis zugleich die germanos. Wie es vor L. 1. C. Th. geweſen, läßt ſich nicht genau angeben. Püttmann de quer. inoff. teſtam. fratrib. contra ſpur. haud. compet. Sturm de ſpur. hered. inſtit. quer. inoff. teſt. fratri excluſ. non procr. Breuning an quer. inoff. loc. hab. in teſtam. fratr. in quo fil. natur. inſtit. Hommel de diff. int. quer. inoff. quae parent. et lib. et quae fratrib. compet. Hert. de fratr. germ. quer. contra quoscunque. Alef de fratre germ. teſtam. frat. contra quoscunque expugn.

§. 382. Wer behaupten wollte, daß vterini noch jezt von dem Pflichttheil ausgeſchloſſen wären, und daß noch jezt nach unſerm L. 27. C. die Sache entſchieden werden müſte, der müſte auch annehmen, daß den Halbgeſchwiſtern vom Vater her neben den Vollbürtigen der Pflichttheil gebühre. Denn dies ſezt unſer Geſez voraus. Es würde aber unſchicklich ſeyn, dieſe beyden Arten der Geſchwiſter neben einander den Pflichttheil fodern zu laſſen, da ſie neben einander keine geſetzliche Erben ſind. Der Pflichttheil iſt ein Theil der Inteſtaterbſchaft,

Vteri-

Vterini haben nun Inteſtaterbſchaft zu fodern; ſie haben ſie neben den conſanguineis, nach der Nov. 118., auf welche es in der Inteſtatfolge jezt allein, nicht auf das Stückwerk des Codex, ankömmt, zu fodern. Wie können ſie alſo vom Pflichttheile ausgeſchloſſen ſeyn, wenn dieſen ſolcher gebührt? Puttmann de quer. inoff. fratr. vterin. Lorenz Vtrum fratrib. vter. turp. her. ſcript. legit. ſit relinq. Puttm. Pr. Vind. diſſ. de quer. inoff. fratr. vter. h. concad. Trummer de quer. inoff. teſtam. fratr. vterin. haud deneg. cf. Otto Comm. ad Inſt. p. 207. Boehm. de quer. inoff. fratr. conſanguineor.

§. 383. Uneheliche Geſchwiſter, die ſich durch die Mutter berechnen können, erhalten den Pflichttheil, als vterini, im Fall, wo ſie einander ab inteſtato beerben, wenn ſie nemlich nicht aus einem damnato coitu erzeugt ſind. Legitimati per ſubſequens matrimonium beerben einander als ächte Geſchwiſter. Chiflet l. c. p. 738.

§. 384. Wegen der Geſchwiſter-Kinder entſteht ebenfalls die Frage, ob ſie vom Pflichttheile ausgeſchloſſen ſeyn. Daß ſie ehmahls ausgeſchloſſen worden, iſt gewiß. L. 21. C. de inoff. teſt. Fratris vel ſororis filii patrui vel avunculi, amitae etiam et materterae teſtamentum inofficioſum fruſtra dicunt: cum nemo eorum, qui ex transverſa linea veniunt, exceptis fratre et ſorore, ad inofficioſi querelam admittatur. De falſo ſane per accuſationem criminis queri non prohibentur. Nur Geſchwiſter ſollen zum Pflichttheile Recht haben. Weiter ſoll dieſes Recht nicht gehen. Ehemals hatten die Geſchwiſter-Kinder kein Repräſentationsrecht neben Geſchwiſtern. Sie waren alſo immer um einen Grad weiter vom Erblaſſer entfernt, als Geſchwiſter. Iuſtinian hat ihnen aber, wenn ſie neben Geſchwiſtern ſtehen, ein

Re-

Repräſentationsrecht gegeben. Alſo hat ſich die Sache geändert. Der Pflichtheil iſt ein Theil der Inteſtaterbſchaft. Wird dieſe Geſchwiſter-Kindern neben Geſchwiſtern zu Theil, ſo kann der Pflichttheil ihnen neben dieſen nicht verweigert werden. Wenn ſie neben Geſchwiſtern ſtehen, ſo ſtellen ſie Geſchwiſter vor, und haben Geſchwiſter-Recht. Wie können ſie alſo vom Pflichttheil der Geſchwiſter ausgeſchloſſen ſeyn? Daß alle diejenigen Pflichttheils-Berechtigte ſind, welche die Inofficioſitätsklage haben, iſt eben ſo gewiß, als daß die, welchen eine Legitima zuſteht, zur Inofficioſitätsklage berechtigt ſind, ingleichen, daß die, ſo keinen Pflichttheil haben, nach neuerm Recht, keine Inofficioſitätsklage erheben können. Ehmals konnten jedoch die, ſo weder prätoriſche noch bürgerliche Inteſtatrechte hatten, die Querel gebrauchen, z. E. Kinder, die von der Mutter übergangen waren. Alſo iſt die Inofficioſitäts-Querel in den neuern ſie näher beſtimmenden Geſetzen nicht reſtrictive, ſondern eher extenſive zu erklären. Wo gleicher Grund mit den namentlich ausgedruckten Fällen vorhanden iſt, muß ſie geſtattet werden, wenn auch die Geſetze es nicht ausdrücklich ſagen. Wo ſie geſtattet wird, iſt der Fall des Pflichttheils vorhanden. Ergo. Im Fall ſie allein ſind, und keine Geſchwiſter neben ihnen vorhanden, fällt das Repräſentationsrecht weg. Alſo haben ſie in ſolchem Falle auch am Pflichtheil keinen Anſpruch.

§. 385. Ehmals war die Einſchränkung bey Geſchwiſtern auf den Fall, daß der im Teſtament ernannte Erbe eine unanſtändige Perſon war, nicht. Denn eine Schweſter konnte der andern ihr Teſtament anfechten, wenn ſie auch der Klägerin eigenen Sohn, mit ihrer Uebergehung, zu Erben ernannt hatte. L. 17. C. de inoff. teſt. Cum filium tuum, te praeterita, ſororem heredem

dem inſtituiſſe proponas inofficioſi querelam apud praeſidem provinciae perſequi potes. Die Inofficioſitäts-Klage war überhaupt ehemals mehr ausgebreitet. Ihre neuere Einſchränkung kommt erſt von Conſt. M. her.

§. 386. Daß ſie inzwiſchen nur bis auf die Geſchwiſter gegangen, alſo nur bis auf dieſe ein Pflichttheil angenommen worden, lehren ſchon ältere Geſetze. L. 1. de inoff. teſt. Sciendum eſt, frequentes eſſe inofficioſi querelas. Omnibus enim tam parentibus, quam liberis de inofficioſo licet diſputare. Cognati enim proprii, qui ſunt vltra fratrem, melius facerent, ſi ſe ſumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere ſpem non haberent. In dieſer Stelle kann man, mit Ant. Faber des Tribonians Hand nicht verkennen. Der Ausdruck: Cognati proprii welcher die übrigen nächſten Inteſtat-Erben, die entfernter ſind, als Geſchwiſter, benahmen ſoll, iſt ganz ungewöhnlich. Obtinere ſpem non haberent, ſtatt: obtinendi ſpem non haberent, iſt auch von Vlpian nicht zu erwarten. Die Sache kann übrigens Vlpian geſagt haben. Bynkersh. Obſ. L. 5. c. 5. vertheidigt die Stelle gegen Tribonianismen. Statt: proprii will er beſſer proprie leſen. Collateralen die entfernter, als Geſchwiſter, hieſſen: proprie cognati. Obtinere ſpem, ſtatt: obtinendi ſpem ſey auch ſonſt den alten Juriſten gewöhnlich, und ein Graecismus. v. d. Water Obſ. L. 1. c. 12. meint, ohne Beweis, zu Anfange habe die Querel keine Schranken gehabt. Durch die KK. Trajan. bis Alex. Severus ſey ſolche erſt bis auf die Geſchwiſter eingeſchränkt worden.

§. 387. Von den neuern Zeiten iſt die Einſchränkung auf Geſchwiſter, und ſolche die Geſchwiſter Recht haben, auſſer Zweifel, wie ſchon L. 27. C. de inoff. gelehrt hat, und beſtätigt wird durch §. 1. J. de inoff.

teſt. Non autem liberis tantum permiſſum eſt, teſtamentum parentum inofficioſum accuſare, verum etiam liberorum parentibus. Soror autem et frater turpibus perſonis ſcriptis heredibus praelati ſunt. Non ergo contra omnes heredes agere poſſunt. Vltra fratres igitur et ſorores cognati nullo modo aut agere poſſunt, aut agentes vincere.

§. 388. Daß übrigens nur in der Ordnung der Anſpruch auf den Pflichttheil gemacht wird, der hier beſtändig vorkommt, nemlich zuerſt von den Kindern, denn von Eltern, denn von Geſchwiſtern, liegt in der Inteſtat Erbfolge. Die Kinder giengen hier allemal allen andern Verwandten vor.

§. 389. Wenn die Tochter das Teſtament anfechtet, ſo geht ſie darin dem Vater vor, der auch gegen das Teſtament ſich meldet L. 16. §. 1. de inoff. teſt. Contra tabulas filii poſſeſſionem jure manumiſſionis pater accepit, et bonorum poſſeſſionem adeptus eſt. Poſtea filia defuncti, quam ipſe exheredaverat, quaeſtionem inofficioſi teſtamenti recte pertulit. Poſſeſſio, quam pater accepit, ad irritum recidit. Nam priore judicio de jure patris, non de jure teſtamenti quaeſitum eſt: et ideo vniverſam hereditatem filiae cum fructibus reſtitui neceſſe eſt. Weil die Tochter enterbt und der Vater übergangen war: ſo ſtand dieſem allein die bonorum poſſeſſio contra tabulas, und zwar ſchon vor Antretung der Erbſchaft des ernannten Erben zu. Die Tochter hatte die Antretung erſt abzuwarten, und konnte blos die Querel gebrauchen. Der Vater, welcher bonorum poſſeſſionem gebraucht, wurde gewiſſermaſſen als Teſtaments-Erbe angeſehen. Seine Rechtsmittel machten nicht cauſam inteſtati. Alſo blieb dieſer Punkt noch immer unerörtert, und es hatte gegen ihn noch ein Rechtsmit-

tel ſtatt, welches die Kraft des Teſtaments betraf und cauſam inteſtati machen konnte. Caldera bey Meerm. Theſ. Tom. 3. p. 603.

§. 390 a. Der Vater ging den Geſchwiſtern vor, er mochte, als Manumiſſor ſeines Sohnes, oder jure patris die Erbſchaft ſuchen. Die Mutter hingegen ging mit der Succeſſion ex Senatusconſulto Tertulliano den Conſanguineis nach. Sie ſcheint daher auch in der Inofficioſitäts-Klage ihnen nicht vorgegangen zu ſeyn, bis Juſtinian eine Aenderung machte. Nach der neueſten Inteſtat-Folge erben Eltern und vollbürtige Geſchwiſter neben einander, Halbgeſchwiſter gehen den Eltern nach. Dieſe haben alſo auch den Pflichttheil erſt nach den Eltern zu erhalten, wenn der ernannte Erbe darnach beſchaffen iſt. Die vollbürtigen können neben den Eltern den Pflichttheil in dieſem Falle fodern. Auſſer dieſem Falle aber haben ſie am Pflichttheil keinen Anſpruch.

Zweytes Membrum.

Berechnung des Pflichttheils.

§. 391 a. Begriff des Pflichttheils. §. 392 a. Ehemalige Gröſſe deſſelben. §. 393 a. Neuere Erhöhung. §. 394 a. Der Pflichttheil iſt ein Theil der Inteſtat Erb-Portion. §. 395 a. Wie er zu rechnen, wenn ein Theilnehmer enterbt iſt. §. 396 a. Vorher müſſen die Schulden abgerechnet werden. §. 397 a. Ingleichen die Werthe der freygelaſſenen Knechte und das Begräbnis. §. 398 a. Fortſetzung. §. 390 b. In Anſehung der mit Pflichttheil verſehenen Perſonen und der Collation zeigt ſich, daß Pflichttheil ein Theil der Inteſtat Erbportion ſey. §. 391 b. Das Heyrathsgut wurde ehemals nicht in Pflichttheil gerechnet. Beweiſe, daß Pflichttheil ein Theil der Inteſtat Portion iſt. §. 392 b. Neuere Aenderung. §. 393 b. Collation deſſen, was der Vater dem Sohn zu einer käuflichen Bedienung gegeben. §. 394 b. Collation der Erbſchaft, Legaten,

Schenkungen von Todes wegen und unter Lebendigen. Die Schenkung unter Lebendigen wird nur in 2 Fällen eingegerechnet. §. 395 b. Beſonderer Fall, da es der Vater gewollt. §. 396 b. Ob noch ſonſtige Verordnungen von Juſtinian, andere Fälle betreffend, vorhanden. §. 397 b. Regel daß von andern Fällen der Collation auf die Collation zum Pflichttheil nicht geſchloſſen werden ſoll.

§. 391 a.

Der Pflichttheil iſt ein Theil der Erbſchaft, welchen die Geſetze gewiſſen nahen Verwandten zu verlaſſen, den Erblaſſer zwingen, ohnerachtet die Erbſchaft blos aus dem durch ſeinen Schweiß erworbenen Vermögen beſteht. a Bühler, Graevenhauer, Felz de legitima. Cramer de port. legit. Ponnier de heredit. port. neceſſar. relinquend. Weſtenb. diſſ. IV. de port. legit. lib. parent. et fratr. relinq. Menken de legit. quat. ipſi non poſſ. et poſſ. praejudicari. a Braun de legit. ejusque orig. Parker, Wagner, de legit. portion. Schlegtendal de origg. legitimae. Stryk de caſib. circa legit. controverſ. Willenberg de praerogat. legitimae. Nebel de Legit. liberor. Nettelblatt. hiſt. jur. civ. de legit. port. parent. Colmar von dem Pflichttheil der Eltern. Madihn. de legitim. nator. port. legit. in ſucceſſ. cum legitimatis. Wagner parent. port. legit. totius heredit. trient. eſſe.

§. 392 a. Ehemals war es der vierte Theil der Güter, welcher unter denen, die zum Pflichttheile gehörten, getheilt wurde. L. 6. C. de inoff. teſt. Cum quaeritur, an filii de inofficioſo patris teſtamento poſſint dicere: ſi quartam bonorum partem mortis tempore teſtator reliquit, inſpicitur. L. 8. pr. C. eod. Parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non eſt: dummodo non minus is qui pietatis ſibi conſcius eſt, partis, quae inteſtato defuncto potuit ad eum

perti-

pertinere, quartam ex judicio parentis obtineat §. 6. J. eod. Igitur quartam quis debet habere, vt de inofficioſo agere non poſſit, ſive jure hereditario, ſive jure legati, vel fideicommiſſi, vel ſi mortis cauſa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo caſibus, quorum mentionem noſtra facit conſtitutio, vel aliis modis, qui in noſtris conſtitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum eſt, vt ſive vnus fuerit, ſive plures, quibus agere de inofficioſo teſtamento permittitur: vna quarta eis dari poſſit, vt ea pro rata diſtribuatur, id eſt, pro virili portione quarta. Menken Pr. ad. L. 6. C. de inoff. teſt. Was §. 6. J. von der Einrechnung in dem Pflichttheil geſagt hat, ſoll etwas weiter unten erklärt werden, dahin ich jezt verweiſe. Cujac. will dieſen vierten Theil von einer Verordnung des K. Marci Antonini herleiten Obſ. L. 3. c. 8.

§. 393 a. Juſtinian hat die Gröſſe des Pflichttheils erhöht. Wenn derer, die dazu in capita gehören, bis 4 ſind, ſo wird der dritte Theil des Vermögens zum Pflichttheil gerechnet; ſind aber 5. oder drüber, ſo gehört die Hälfte des Vermögens dazu. Nov. 18. Praefat. Frequenter et alia vice mirati ſumus, quomodo legitimis et benevolis filiis, quibus agunt gratias parentes, quibusque quod relinquitur jam etiam debitum vocant, ſolum triuncium definierunt ex neceſſitate relinqui, reliquum vero jacet in voluntate parentum: et capiunt quidem cognati omnia, et extranei, vel cum libertate ſervi: filii vero licet multi conſiſtant: etiamſi nihil offenderint parentes, confunduntur, et triuncium dividunt ſolum, vel ſi decem forte aut amplius fuerint: et pauperes erunt filii patris, donec vixerit, idonei cap. 1. Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam diſpicere ſemper erubeſcentes: talique modo de-

terminare cauſam, vt ſi quidem vnius filii eſt pater aut mater, aut duorum vel trium vel quatuor: non triuncium eis relinqui ſolum, ſed etiam tertiam propriae ſubſtantiae partem: hoc eſt vncias quatuor, et hoc eſſe definitam menſuram vsque ad praedictum numerum. Si vero vltra quatuor habuerint filios, mediam eis totius ſubſtantiae relinqui partem, vt Sexunicum ſit omnino, quod debetur, ſingulis ex aequo quadriuncium vel ſexuncium dividendo: et hoc non ſub injuſta circumſtantia rerum (forſan enim ob hoc etiam alii injuſtitiam patiuntur, et aliis quidem meliora, aliis vero deteriora percipientibus) ſed quod contigerit vnumquemque per omnia aequum eſſe in qualitate et quantitate, ſive quis illud inſtitutionis modo, ſive per legati, idem eſt dicere, et ſi per fideicommiſſi relinquat occaſionem. Licebit enim ei reliquum octuncium ſorte aut ſexuncium habere, et largiri, ſicut voluerit, filiis ipſis, aut cuilibet extraneorum: et natura primo curata competenter, ſic ad extraneas largitates accedere. Hoc obſervando in omnibus perſonis; in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioſo lege decreta eſt. Dieſe Stelle ſcheint anfänglich blos zum Beſten der Kinder die Erhöhung des Pflichttheils gemacht zu haben. Die End-Clauſel giebt aber deutlich zu erkennen, daß auch auf Eltern und Geſchwiſter die Erhöhung gehe. Die Worte: Et hoc non ſub injuſta circumſtantia rerum heiſſen: die Theilung des Pflichttheils ſolle nicht ſo geſchehen, daß einige ſchlechte Sachen erhielten, andere beſſere. Statt: forſan enim et hoc etiam alii injuſtitiam patiuntur, ſollte es beſſer heiſſen: forte enim hic injuria quibusdam fieri poſſet. Quod contigerit vnum quemque ſoll heiſſen: quod debetur vel obvenit ſingulis. Aequum eſſe in qualitate iſt ſo viel, als: aequale eſſe in qualitate. Es iſt wunderlich, wenn einige behaupten wollen, als wenn nach dieſer Novelle der

Pflicht-

Pflichttheil nicht mehr portio portionis ab inteſtato debitae wäre, ſondern ſchlechthin portio totius hereditatis, weil weder hier noch nachher der Ausdruck mehr vorkäme. Wenn es wahr wäre, daß dieſer Ausdruck nicht mehr vorkäme, ſo würde ſolches die Meynung die man daher behauptet, nicht beweiſen. Es iſt aber nicht einmal wahr, da Nov. 42. c. 48 der Ausdruck ab inteſtato pars vorkommt. Nach dieſer Novelle konnte der Pflichtstheil noch titulo legati et fideicommiſſi verlaſſen werden, (Sive quis illud etc.) welches aber hernach geändert iſt. Den Curialen ſind cap. 2. ſogar drey Viertheile zum Pflichttheile ausgeſezt. Die aus cap. 1. der Novelle gezogene Avth. Noviſſima C. de inoff. teſt. lautet. Noviſſima lege cautum eſt, vt ſi quatuor ſint filii vel pauciores, ex ſubſtantia deficientis triens: ſi plures ſint, ſemis debeatur eis quoque relicti titulo, ex aequo ſcilicet inter eos dividendus: cujus nec vſufructu defraudari liberi a parentibus poſſunt. Daß aber der Pflichttheil ehemals als Legat vermacht werden konnte, iſt ſo zu verſtehen: wenn dieſer als Legat verlaſſen war, ſo konnte man daneben den Sohn enterben, ohne daß er ſich beſchweren konnte. Als Erbe aber ihn übergehen und ihm den Pflichttheil, als Legat verlaſſen, ging nicht an. Vinn. Quaeſt. Sel. L. 2. c. 20.

§. 394a. Der Pflichttheil bey jedem derer, die dazu gehören muß eigentlich dergeſtalt gefunden werden, daß man berechnet, welchen Theil der Erbſchaft derſelbe ab inteſtato haben würde. Von dieſem muß ihm der dritte Theil oder die Hälfte gegeben werden, nachdem der Theilnehmer zu Viril Portionen bis vier oder drüber ſind. Meyer de determ. legitim. quantit. Scherz de computat. legit. ſecund. perſon. Madihn. Pr. de port. legit. non port. portion. ab. inteſt. deb. Glük de conſtitut. legitim. portion. parent. quantit. Schroeder Pr. II.

quomodo comput. ſit legit. lib. parent. atque fratr. deb. ſi vidua quae port. Statut. petit. concurr. Gerſtlachers Beweis, einer neuen Meyn. von richt. Berechn. d. Pflichttheils Oppoſ. Gedank. v. richt. Berechn. d. Pflichttheils. Reſp. W. C. F. I. Unparth. Prüf. der Gedank. It. Gerſtlacher Beſtättig. der neuen Meyn. Contrad. Röslins Sechs Nachträge zu ſeinen Gedanken Hering de comput. legit. matr. in concurſu cum german. praeterit. Horn quae rat. ſit comput. legit. ſi ſuperſt. conjux. concurr.

§. 395 a. Wenn daher der Erblaſſer einen Theilnehmer mit Recht enterbt, die andern aber den Pflichttheil haben ſollen: ſo fällt des enterbten Antheil nicht den andern Theilhabern zu, der enterbte wird auch nicht als geſtorben und gar nicht vorhanden angeſehen, ſondern ſein Antheil bleibt dem ernannten Haupterben, und dieſer giebt den andern Competenten zum Pflichttheil nicht mehr und nicht weniger, als ſie erhalten würden, wenn keine Enterbung geſchehen wäre L. 8. §. 8. de inoff. teſt. Quoniam autem quarta debitae portionis ſufficit ad excludendam querelam: videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur. Vtputa ſumus duo filii exheredati. Et vtique faciet, vt Papinianus reſpondit, et, ſi dicam inofficioſum, non totam hereditatem, debeo, ſed dimidiam petere. Proinde ſi ſint ex duobus filiis nepotes: ex vno plures, tres puta: ex vno vnus: vnicum ſeſcuncia, vnum ex illis ſemuncia qnerela excludit. cf. vid. Poll. de Exher. et Praeter. c. 65. Link de juſte exhered. inter lib. numerand. Linck de legit. quatuor. liberor. in caſu qùinti exherd. Breuning de fil. Iuſte exhered. connumer. in conſtit. legit. quantit. Baſtinell. de vſu quaeſt. an exhered.

red. connumer. ſit Ei. de vſu quaeſt. Quat. fil. juſte exhered. int. hered. numerand. Scherz de imput. legit. in caſu exheredat. Daries an juſte exhered. in computat. legit. ſit connumer. Partem facere heiſt mit gerechnet werden, eben ſo, als ob man mit Antheil nähme. Der Enterbte wird ſolchergeſtalt gerechnet. Et ſi dicam etc. iſt ein neuer Gedanke, der nur halb wahr iſt. Unterweilen hat bey der Inofficioſitäts-Klage allerdings ein jus accreſcendi ſtatt, unterweilen aber nicht. Davon wird aber erſt unten die Rede ſeyn. Wenn 2 Kinder geweſen ſind, und ſie ſind geſtorben, das eine hat Ein Kind, das andere 3 Kinder verlaſſen: ſo iſt der Pflichttheil von allen, nach der Zeit des Vlpian, der vierte Theil der Erbſchaft, oder 3 Unzen. Von dieſen bekommt das einzige Kind des einen Kindes die Hälfte, nemlich 1½ Unze, (Seſcunciam). Die 3 Kinder des andern Kindes theilen ſich in 1½ Unzen, alſo bekommt jedes ½ Unze (Semunciam). Weil man ſich bey der Berechnung des Pflichttheils allemal in den Zuſtand der Inteſtat Vererbung ſetzen muß; ſo kann die Entſcheidung nicht anders ausfallen, als geſagt iſt. Enterbung ſezt allemal Teſtaments Verordnung voraus. Von dieſer muß ich aber allemal die Gedanken wegwenden, wenn ich die Gröſſe des Pflichttheils finden will. Es iſt überdem eine Rechtsregel: Res inter alios acta tertio nec prodeſt, nec obeſt. Die Enterbung iſt eine Sache zwiſchen dem Enterber und dem Enterbten. Dieſe geht den übrigen Pflichttheil Fähigen nichts an. Die können davon weder Schaden noch Vortheil haben. Wenn bey der Bonorum poſſeſſione contra tabulas andre Grundſätze waren, und bey dieſer der Enterbte angeſehen wurde, als wenn er nicht vorhanden, ſondern geſtorben wäre, daher die mit Stillſchweigen übergangenen übrigen Kinder, welche der Erblaſſer emancipirt hatte, den ganzen Nachlaß in Anſpruch nehmen konnten, L. 10. §. 4. de B. P. contra tabbl. L. 1.

§. 5. de Conjung. cum emanc. lib. ſo iſt dies kein Einwand gegen unſere Stelle. Die bonorum poſſeſſio contra tabulas und die Berechnung des Pflichttheils ſind ganz verſchiedene Sachen. Es folgt nicht, daß was bey der einen verordnet iſt, auch bey der andern gelten müſſe. Von der Frage, ob ein Enterbter als geſtorben angeſehen werde, und die Enterbung die Suität des Enterbten aufhebe, findet man eine weitläuftige Anmerkung bey A. Faber Conject. L. 9. C. 20. Ganz recht merkt dieſer Verfaſſer Error. pragm. D. 15. E. 4. an, daß wenn nur eine Mutter und 2 Geſchwiſter vorhanden, und jene in Legitima ernannt iſt, dieſe enterbt worden, auch keine unehrliche Perſon im Teſtamente ſteht, der Mutter Pflichttheil nur der dritte Theil des Drittheils vom Vermögen ſey. Herald rer. judicatar. auctorit. Otto Theſ. Tom. 2. p. 1224. ſq. hält mit A. Faber unſre Stelle für verderbt. Die Worte: qui non quaeritur, vtputa duo ſumus filii exheredati ſey eingeſchoben, ingleichen die Worte: Et ſi dicam inofficioſum, non totam hereditatem debeo, ſed dimidiam petere. Die Frage in der Stelle ſey von der Rechnung des Enterbten beym Pflichttheil, nicht bey der Inofficioſitäts Klage.

§. 396a. Da der Pflichttheil ein Theil der Erbſchaft iſt; ſo muß alles das, was zu Berechnung einer richtigen Erbſchaftsmaſſe am Vermögen ab- und zuzurechnen, auch hier ab- und zugerechnet werden, wenn man das richtige Quantum des Pflichttheils beſtimmen will. Alſo müſſen die Schulden abgerechnet werden. Es iſt aber nicht abzuſehen, warum die Kinder mit ihrem Pflichttheile ſo lange warten ſollen, bis die Abrechnung der Schulden von der Erbmaſſe geſchehen. Iſt dabey Weitläuftigkeit; ſo können ſie verlangen, daß ihnen ihr Theil ohne Abrechnung der Schulden gegeben werde, dagegen ſie ſich pro rata zu den Schulden anhei-

heiſchig machen. Sie ſind Miterben. Anderer Meynung iſt A. Faber Err. pragm. D. 15. E. 9.

§. 397 a. Daß auch der Werth der vom Erblaſſer freygelaſſenen Knechte abgerechnet werde, kommt von der Falcidia her, zu deren Nachahmung der Pflichttheil eingeführt iſt, und bey der ein Gleiches ſtatt findet. Paul Sent. Lib. 4. tit. 5. §. 6. Quartae portionis portio liberis deducto aere alieno et funeris impenſa praeſtanda eſt, vt ab inofficioſi querela excludatur. Libertates quoque eam portionem minuere placet.

§. 398 a. Hiemit iſt zu verbinden L. 8. §. 9. de inoff. teſt. Quarta autem accipietur ſcilicet deducto aere alieno et funeris impenſa. Sed an et libertates quartam minuant, videndum eſt: et numquid minuant. Nam ſi cum quis ex aſſe heres inſtitutus eſt, ideo non poteſt dicere inofficioſum, quia habet Falcidiam: Falcidia autem libertates non minuit: poteſt dici deductis libertatibus quartam ineundam. Cum igitur placet, quartam minui per libertates: eveniet, vt qui ſervos tantum habet in patrimonio ſuo, dando eis libertatem, inofficioſi querelam excludat: niſi forte hic filius, ſi non fuit in poteſtate, a patre heres inſtitutus, merito omittit hereditatem: et ad ſubſtitutum transmittens, querelam inofficioſi inſtituet, vel ab inteſtato, citra edicti poenam, habeat hereditatem. Numquid minuant heißt: Omnino minuunt. Nam ſi cum etc. iſt dunkel und folgender Geſtalt zu erläutern. Wenn Jemand zu Erben ernannt, und mit Legaten zu ſehr beſchwert iſt, ſo hat er deshalb keine Inofficioſitätsklage. Er kann die Falcidia abziehen. Dieſe iſt ihm zugleich Pflichttheil. Alſo läßt ſich die Inofficioſitäts-Klage nicht gedenken. Nach: ideo non poteſt dicere inofficioſum muß man in Gedanken einſchalten: quod vltra modum legatis ſit onera-

neratus. Die Legitima iſt alſo einerley mit der Falcidia. Aber die Falcidia wird gerechnet deductis libertatibus, ſie hingegen nimmt den libertatibus nichts. Alſo iſt es eben ſo mit der qnarta Legitima. Falcidia autem libertates ineundam. Es könnte alſo kommen, daß die Legitima ohne Hülfe gekürzet würde, wenn nemlich der Sohn zu Erben ernannt würde, und da die Erbſchaft blos in Knechten beſtünde, man ihnen allen die Freyheit gäbe. Aber hiegegen giebt der Juriſt eine Cautel. Iſt ein Subſtitut da, ſo ſage der Sohn ſich von der Erbſchaft los, und überlaſſe ſie dem Subſtituten. Nun verklage er dieſen mit der Inofficioſitäts-Klage. Iſt kein Subſtitut vorhanden; ſo entſage er der Erbſchaft in Eigenſchaft eines Teſtaments Erben, nehme ſie aber ab inteſtato an. Alſo fällt das Teſtament mit ſeinen Beſchwerden hinweg. Es ſcheint, daß er die Beſchwerden dadurch, nach den Grundſätzen des Titels: Si quis omiſſa cauſa teſtati ab inteſtato ſuccedat ſich nicht von Halſe ſchaffen könne. Aber dieſer Grundſatz ſchadet ihm hier nichts. Er entſagt dem Teſtamente hier nicht aus Gewinnſucht wie der Titel vorausſezt, ſondern zu Rettung ſeines Pflichttheils. Daher behält er die Erbſchaft citra edicti poenam d. i. ohne die Folgen dieſes Titels zu befürchten. Es wird ein filius, qui non fuit in poteſtate angenommen, entweder weil ein ſuus ein heres neceſſarius iſt, und der Juriſt an das beneficium abſtinendi nicht gedacht hat, oder weil, wenn auch ein ſuus abſtinirt, die legata libertatum dadurch nicht umgeworfen werden können, wie mehrere Verordnungen des Teſtaments bey ſolcher Abſtinenz dennoch gültig bleiben. Ant. Faber findet in dieſer Stelle lauter Tribonianismen. Er ſcheint davon, daß die legati libertatum, wie die Schulden, die Maſſe mindern, keinen gehörigen Begriff zu haben. Er glaubt im Fall der Enterbung minderten dieſe Legata den Pflichttheil nicht. Nur im Fall der Einſetzung geſche-

ſchehe ſolches, jedoch auch ſo, daß der Eingeſezte davon mehr Vortheil, als Schaden habe. Man ſehe ſeine Critik bey ihm ſelbſt nach. Seine Diſtinktion iſt zu verwerfen, das Geſetz hat guten Grund, und der Begriff des Ant. Faber, iſt falſch, ſeine Critik ohne Nutzen, und der Tribonianismus nicht erweißlich. Nur ſcheint L. Fuſia Caninia entgegen zu ſeyn, daß man alle Knechte frey laſſe. Dagegen aber kann man ſagen, daß Vlpian die Verordnung dieſes Geſetzes nicht ausſchlieſſe, jedoch dabey noch beſſere Mittel an Hand gebe, wie ſich der Sohn im Fall der allgemeinen Freylaſſung helfen könne cf. de Retes bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 526.

§. 390 b. Der Pflichttheil iſt eigentlich als der vierte und dritte Theil, oder die Hälfte, der Inteſtaten Erb-Portion eines ſolchen anzuſehen, dem er gebührt. Daher er nur ſolchen Perſonen zukommt, die Inteſtat Erben ſind. Daher er eben ſo vertheilt wird, wie bey der Inteſtat-Erbſchaft gewöhnlich iſt. Daher auch bey Kindern alles zu demſelben geworfen und gerechnet werden muß, was bey der Inteſtat Succeſſion der Kinder angerechnet werde. Wiefern von ſonſtiger Collation auf Einrechnung in den Pflichttheil geſchloſſen werden könne, und umgekehrt, lehrt v. d. Poll de Exh. et praet. c. 31. Willenb. de imputand. in legit. Walch. de port. ſtatutar. in legit. comput.

§. 391 b. Das Heyrathsgut der Tochter, ſo ihr vom Vater oder von der Mutter mitgegeben war, wurde ehemals derſelben nicht mit angerechnet, weil man annahm, daß ſie es nicht erhalten, ſondern ihr Mann es bekommen habe. Cod. Greg. L. 2. tit. 5. Conſt. 1. Dos, quae a patre nubenti filiae data eſt, aut in obligatione conſtituta, in quarta, quam habere ex bonis patris debet, ne inofficioſum teſtamentum poſſit accuſari, non computa-

ta-

tatur, quoniam vivente patre bonis ejus ſunt ſeparata. Imperite itaque introducis querelam cautionis a marito tuo emiſſae quaſi non omnia tradita ei eſſent: Cum, et ſi verum ſit, quod ſcriptura continetur, non perimatur querela inofficioſi teſtamenti, ſi ex judicio patris ſuprema quarta filiae non ſuppletur, quam inteſtato patre pro portione ſua habere debuit Conſt. 2. Si ex voluntate patris, qui tres ex ſe natos relinquit heredes, tertiae portionis quarta ad te ſine vlla diminutione pervenire non potuit, inofficioſi teſtamenti accuſationem inſtituere non prohiberis. In qua tamen parte ea, quae ante a patre filiae in dotem data ſunt, non placet computari, quia etiam in bonis mariti ſunt, et a patrimonio patris, vivente eo, ſeparata fuerunt. Die erſte Conſtitution lehrt, daß das Heyrathsgut, das auch der Vater noch nicht ausgezahlt hatte, ſondern worüber er nur dem Schwieger Sohne Verſicherung gegeben, der Tochter nicht angerechnet wurde. Es wird ihr verdacht, daß, als man ihr das Heyrathgut zur Anrechnung entgegen geſtellt, ſie dieſen Einwand damit ablehnen wollen, der Mann habe noch nicht alles erhalten. Die Beſchwerde wegen des Scheins vom Manne, daß dieſer nicht alles erhalten, war ohne Noth angebracht, und in der Inofficioſitäts Klage eingemiſcht. Imperite introducis querelam cautionis a marito tuo emiſſae, quaſi etc. Wenn die Beſchwerde auch nicht wahr wäre, wenn der Mann würklich alles, wie es im Scheine ſteht, erhalten hätte: (etſi verum ſit quod ſcriptura continetur) ſo hinderte dies die Inofficioſitäts-Klage nicht. Die Inofficioſitäts Klage kam in damaligen Zeiten auch dem zu, dem zwar etwas vermacht, jedoch weniger, als der Pflicht-Theil zugetheilt war. Es war aber ein Unterſchied, ob der Teſtirer ausdrücklich befohlen, daß, wenn am Pflichttheile etwas fehle, ſolches von den Erben erfüllt werden ſolle, oder nicht. Im erſtern Falle konnte bey

dem Mangel an Pflichttheile nur auf Erfüllung geklagt werden, im leztern aber hatte die Inofficioſitäts-Klage ſtatt. Hierauf zielt unſere Stelle mit den Worten: querela inofficioſi teſtamenti, ſi ex judicio patris ſupremo quarta filiae non ſuppletur. Uebrigens beſtärken beyde Conſtitutionen das, was wir von dem Pflichttheile vorhin geſagt, daß ſie der beſtimmte Theil von eines jeden, der ihn bekommt, Inteſtat Erb-Portion ſey. Conſt. 1. ſagt: quarta, quam inteſtato patre pro portione ſua habere debuit. Conſt. 2. aber: tertiae portionis quarta. Jenes heiſt der vierte Theil der der Tochter gebührenden Inteſtat Erb-Portion, dieſes der vierte Theil desjenigen Drittheils der nach der Specie facti der Tochter ab inteſtato zukommt.

§. 392 b. Die Ausnahmen des Heyrothsguts von der Einrechnung iſt neuerlich aufgehoben, und muß ſolches von der Tochter, ſo wie vom Sohne die Donatio propter nuptias, zum Pflichttheil conferirt werden. Der Angegebene Grund iſt, weil bey der übrigen Collation, auſſer dem Pflichttheile, dieſe beyden Stücke gerechnet würden L. 29. C. de inoff. teſt. Quoniam novella conſtitutio divi Leonis ante nuptias donationem a filio conferri ad ſimilitudinem dotis, quae a filia confertur, praecepit, etiam ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus imputari. Eodemque modo cum pater vel mater pro filia dotem vel pro filio ante nuptias donationem, vel avus paternus, aut maternus, vel avia paterna aut materna pro ſua nepte, aut pro ſuo nepote, vel proavus itidem paternus aut maternus, vel proavia paterna aut materna pro ſua pronepte, vel pro ſuo pronepote, dederit: non tantum eamdem dotem vel donationem conferri, verum etiam in quartam partem ad excludendam inofficioſi querelam, tam dotem datam, quam ante nuptias donationem, praefato modo vo-

volumus imputari, ſi ex ſubſtantia ejus profecta ſit, de cujus hereditate agitur.

§. 393 b. Alles, was der Vater ſeinem Sohne zu deſſen Bereicherung zuflieſſen laſſen, gehört nicht weniger hieher. Wegen deſſen, ſo der Vater bey Anſchaffung einer käuflichen Bedienung des Sohnes verwendet, davon der Sohn Einkünfte, und bey ſeinem Abſterben, deſſen Erben eine gewiſſe Wiederbezahlung von dem Nachfolger, zu gewarten haben, hat Juſtinian eine beſondere Verordnung gemacht. Auch dieſe Verwendungen ſollen angerechnet werden, ſo weit der Sohn beym Abſterben des Vaters ſich dadurch bereichert findet. L. 30. §. 2. C. de inoff. teſt. Imputari vero filiis aliisque perſonis, quae dudum ad inofficioſi teſtamenti querelam vocabantur, in legitimam portionem et illa volumus quae occaſione militiae, ex pecuniis mortui iisdem perſonis acquiſita, poſſe lucrari eas manifeſtum eſt: eo, quod talis ſit militia, vt vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad ejus heredes perveniat: ita tamen, vt ille gradus ejusdem militiae inſpiciatur, quem in morte teſtatoris militans obtinet, vt tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quartam dari conſtitutum eſt, ſi in eo gradu mortuus eſſet is, qui militiam ex pecuniis teſtatoris adeptus eſt: exceptis ſolis viris ſpectabilibus ſilentiariis ſacri noſtri palatii, quibus praeſtita jam ſpecialia beneficia tam de aliis capitulis quam de pecuniis ſuper memorata militia a parentibus eorum datis, ne in legitimam portionem ejus computentur, rata eſſe, praecipimus. In caeteris, vero perſonis praedictam obſervationem tenere volumus. Militiae waren die käuflichen Bedienungen, davon ſchon im Pfandrechte geredet worden. §. 161. not. 180. Die Silentiarii, welche theils des Kayſers geheime Geſchäfte beſorgten, theils für die Stille in der Reſidenz Sorge trugen

gen, waren mit ihren Bedienungen ausgenommen, da ſie ohnedem noch manche andere Privilegien hatten; wie am angeführten Orte zu erſehen. Daß dieſe Militiae zur Collation kommen, lehrt dieſe Stelle ausdrücklich. Es iſt daher nicht abzuſehen, wie Cujacius darüber variiren können. Merill. Variant. ex Cujac. L. 2. C. 2.

§. 394b. Auſſer dieſem wird noch das, was der Aſcendent dem Deſcendenten, entweder als Erbſchaft, oder als Legat, Schenkung von Todes wegen, L. 3. §. 17. 18. de bon. liberor. oder Schenkung unter den Lebendigen zugewendet hat, zu dem Pflichttheile gerechnet. Jedoch iſt bey lezterer Schenkung die Sache auf die L. pen. §. 1. C. de Collat. enthaltenen Fälle einzuſchränken. Es ſoll nemlich dieſe Schenkung nur denn angerechnet werden, wenn der Teſtirer ſolches entweder ausdrücklich gewollt hat, oder auch andern Kindern das, was ſie als Heyrathsgut oder Schenkung propter nuptias erhalten haben, angerechnet wird. Hierauf zielt §. 6. J. de inoff. teſt. mit den Worten: iis tantummodo caſibus, quorum mentionem noſtra facit conſtitutio. Vinnius iſt anderer Meynung und widerlegt den Cujacius, der unſere Meynung hat, aber mit Ungrunde. Er meint, die Worte zielen auf L. 35. §. 2. C. de inoff. teſt. In dieſer Stelle wird geſagt, daß, wenn der Teſtirer durch Schenkung unter den Lebendigen dem Sohn weniger, als den Pflichtstheil zugewandt, dieſer aber ſolches bey Leben des Vaters angenommen, und damit zufrieden zu ſeyn, auch gegen das Teſtament weiter keine Erinnerung zu machen verſprochen habe; ſolches dennoch nicht gelten, ſondern dem Sohne ſein Anſpruch gegen das Teſtament dennoch frey verbleiben ſollte. Dieſe Stelle, glaubt Vinnius, habe den L. 25. ff. eod. aufgehoben, wo geſagt wird, daß, wenn der Vater dem Sohne unter den Lebendigen etwas in der Abſicht ge-

ſchenket, daß es auf den Pflichttheil gerechnet werden ſolle, die Einrechnung würklich geſchehen müſſe. Alſo wäre der Sinn der Worte §. 6. J. daß die Schenkung unter den Lebendigen nur in dem Falle auf den Pflichtstheil zu rechnen, wenn nach dem Tode des Vaters der Sohn ſolches anerkenne. Die Fälle in L. pen. §. 1. C. de Collat. konnten §. 6. J. nicht gemeint ſeyn, weil dieſem § 6. der L. pen. pr. C. de Collat. widerſpreche. Aber Vinnius hat Unrecht. Der L. 35. §. 2. C. de inoff. teſt. hebt den L. 25. ff. eod. nicht auf. In erſterer Stelle iſt nur davon die Rede, wenn weniger, als der Pflichttheil geſchenkt iſt. In dieſem Falle ſoll der Vertrag mit dem Vater den Sohn nicht zwingen, ſich nach deſſen Tode damit zu begnügen. Von dieſem Punkte redet L. 25. ff. gar nicht. Er ſagt nur, wie, auſſer dem Falle eines Vertrages, mit dem Vater die Schenkung unter den Lebendigen dem Sohne angerechnet werden ſolte. Alſo iſt auch der Sinn des L. 35. §. 2. C. nicht, zu verordnen, daß die Schenkung unter Lebendigen, welche nach des Vaters ausdrücklicher Verordnung zum Pflichttheile gerechnet werden ſoll, nicht anders dazu anzurechnen ſey, als wenn der Sohn nach des Vaters Tode ſolches anerkannt. Keinesweges. Sondern, wenn der Sohn dergleichen erhalten, ſo mag er darüber mit dem Vater bey deſſen Leben ſich eines andern verglichen haben oder nicht, ſo kommt es darauf an, ob die Schenkung dem Pflichttheile gleich kommt oder nicht. In jenem Falle iſt er befriedigt, in dieſem klagt er auf Erfüllung des Abgangs. Auſſerdem redet §. 6. J. von caſibus, in L. 35. § 2. C. aber iſt nur von einem Falle die Rede. L. pen. §. 1. C. de Collat. redet von 2 Fällen, und ſchickt ſich zum Zuſammenhange des §. 6. J. Mit Unrecht ſezt Vinnius dieſer Anwendung des L. pen. §. 1. C. das Principium dieſes L. pen. C. de Collat. entgegen, daß nemlich zur Einrechnung in den Pflichttheil nur

nur das gezogen werden ſoll, was die Geſetze ausdrücklich dahin gerechnet wiſſen wollen, und daß von der ſonſtigen Collation auf die Collation zum Pflichttheil nicht ſchlechthin geſchloſſen werden ſoll. Die hier veſtgeſetzte Regel bleibe wahr. Aber §. 6. J. iſt eben ein ſolcher Fall, wo ein Geſetz ausdrücklich von der Collation ab inteſtato auf die Collation zum Pflichttheil ſchlieſſen lehret. Daher kann L. pen. pr. C. dem §. 6. J. nicht entgegen geſezt werden.

§. 395 b. In den in L. pen. §. 1. C. de Collat. enthaltenen zwey Fällen alſo wird die Schenkung unter Lebendigen zum Pflichtstheile gerechnet, wovon der eine ſchon in L. 25. pr. ff. de inoff. teſt. enthalten iſt. Si non mortis cauſa fuerit donatum, ſed inter vivos, hac tamen contemplatione, vt in quartam habeatur: poteſt dici, inofficioſi querelam ceſſare, ſi quartam in donatione habet: aut, ſi minus habeat, quod deeſt, viri boni arbitratu repleatur. Aut certe conferri oportere id, quod donatum eſt. Aut certe etc. heiſt hier ſo viel, als: Itaque certe etc. oder es zielen dieſe Worte auf den Fall, da das Teſtament durch die Inofficioſitäts-Klage umgeworfen wird, und nun die Collation ab inteſtato geſchieht. Wenn nemlich die Schenkung den ganzen Pflichttheil ausmachte, ſo fiel nach dem Fall des Geſetzes die Klage ganz weg. Wenn ſie aber ſolchen nicht ganz erfüllte; ſo war entweder vom Teſtirer zugleich verordnet, daß der Abgang erfüllt werden ſollte, oder nicht. In jenem Falle hatte die Erfüllungs-Klage, in dieſem die Inofficioſitäts-Klage ſtatt. Ant. Faber nimmt in dieſer Stelle Tribonianismen an. Die Worte aut ſi minus habeat, quod deeſt, viri boni arbitrio repleatur, ſollen ein ſolcher ſeyn, weil die actio ſuppletoria erſt vom Juſtinian eingeführt worden. Aber oben §. 392. haben wir das Gegentheil geſehen. Uebrigens iſt, nach ihm, ganz recht die Querel unzuläſſig, wenn die Legitima durch die Schenkung erfüllt iſt, zuläßig, wo ſolches nicht ge-

 ſche.

geſchehen. Da denn die Querel die Sache ad cauſam inteſtati bringt, ſo ſollte die Bedingung des Teſtaments, daß zur Collation die Schenkung kommen ſolle, zwar nicht weiter in Betracht kommen. Weil jedoch der Donatarius ſelbſt Querent iſt, ſo ſoll ihm die Querel nicht zum Vortheil dahin gereichen, daß die Bedingung wegfalle Err. pragm. D. 40. E. 5.

§. 396 b. §. 6. J. de inoff. teſt. werden noch alii caſus, qui in noſtris conſtitutionibus continentur erwähnt, da die Schenkung unter Lebendigen zum Pflichtstheile gerechnet werden ſollen. Es ſind aber dergleichen Conſtitutiones die vom Juſtinian herrühreten, nicht bekannt. Vermuthlich iſt auf L. 29. und 30. §. 2. C. de inoff. teſt. gezielt, ſo ſchon da geweſen. Von dieſen aber iſt nur die leztere dem K. Juſtinian gehörig. Entweder iſt alſo das noſtris ein Fehler, und ſoll es ſchlechthin heiſſen: in Conſtitutionibus, oder es ſind Conſtitutiones des Juſtinian verlohren gegangen, oder, welches mir am wahrſcheinlichſten iſt, noſtrae conſtitutiones heiſſen hier ſo viel, als conſtitutiones noſtri Codicis. cf. Chiflet. de portionib. legit. Otto Theſ. Tom. 5. p. 750. ſq.

§. 397 b. Auſſer den Fällen alſo, wo die Geſetze namentlich geſagt haben, daß etwas in den Pflichtstheil gerechnet werden kann, darf darein nichts gerechnet werden, wenn es auch gleich bey der Beerbung ab inteſtato zur Collation gehörte. Nach L. pen. pr. C. de Collat. ſoll von dieſer Collation auf jene ſchlechthin nicht geſchloſſen werden. Es bleibt jedoch nach den neuern Verordnungen nichts übrig, das in die gemeine Collation gehörte, zum Pflichttheile aber nicht.

Drit-

Drittes Membrum.

Vorrechte des Pflichttheils.

§. 398. Der Pflichttheil muß ſo fort aus der Subſtanz des Vermögens gegeben werd.n, ohne Abzug der Falcidia und mit Gewährleiſtung. §. 399. Ob der Pflichttheil, in Gelde oder gewiſſen Sachen gegeben werden könne. §. 400. Wie die Abfindung mit dem Pflichttheile von den andern Erben geſchehe. §. 401. Warum vorher die Früchte zum Pflichttheil angewieſen werden können. §. 402. Die Auszahlung des Pflichttheils muß neuerlich ſogleich geſchehen. §. 403. Wenn dem, der Pflichttheil zu fodern hat, die Güter ſpät zu reſtituiren, ſo bekommt dieſer doch ſo viel, als den Pflichttheil macht, ſogleich. §. 404. Alle auf den Pflichttheil gelegte Beſchwerde iſt als nicht vorhanden anzuſehen. Aenderungen, ſo daher gegen das alte Recht entſtehen. §. 405. Daß ehemals ein filius ſuus unter einer poteſtativ Bedingung ernannt werden können. §. 406. Die Umſtände ergeben, ob die Condition eine poteſtativa ſey. §. 407. Eine Poteſtativa kann aufhören eine ſolche zu ſeyn. §. 408. Bey vorhandener poteſtativ Bedingung behielt der Sohn die Erbſchaft bis an ſein Ende in Beſitz, wenn er gleich die Bedingung nicht erfüllte. §. 409. Es ſey denn, daß eine gewiſſe Friſt zu Erfüllung der Bedingung geſezt worden. §. 410. Enterbung auf den entgegen ſtehenden Fall war bey Einſetzung des Sohns mit poteſtativ Bedingung nicht nöthig. §. 411. Bey caſual Bedingungen war ehemals nöthig, daß der Sohn auf den entgegen ſtehenden Fall enterbt ſey, und die Sache muſte ſich bey Leben des Sohns ausweiſen. §. 412. Der Mann kann der Frau nicht auf Lebenszeit die Nutzung vom Pflichttheil der Kinder vermachen. §. 413. Von der Beſchwerde mit gegenſeitigen Fideicommiſſ. §. 414. Die Mutter kann den Vater den Nießbrauch des Pflichttheils nicht nehmen. §. 415. Schenkungen zum Nachtheil des Pflichttheils gelten nicht. §. 416. Sie müſſen zur Berechnung und Ergänzung des Pflichttheils wieder zum Vermögen des Donatoris zurück geſchlagen werden. §. 417. Fabers Meynung, wiefern nach der Nov. 92. die Schenkung, ſo den Pflichttheil verlezt, ganz oder nur zum Theil ungültig ſey.

§. 418. Was dem Pflichttheil abgeht, wird aus der Schenkung ergänzt. Beweis, daß der Pflichttheil ein Theil der Inteſtat Portion ſey. §. 419. Fortſetzung. Beweis, daß die Quer. inoff. don. die Schenkung nie ganz umwerffe. §. 420. Fortſetzung. §. 421. Fortſetzung. §. 422. Fortſetzung. Beweis daß die don. inoff. nicht ganz ungültig. §. 423. Es wird nicht erfordert, daß ein lezter Wille vorhanden. §. 424. Auch nicht, daß der Donatarius die Güter unmittelbar aus den Händen des Vaters erhalten. Nachherige Vermehrung der Güter des Erblaſſers hebt die Querel, nachherige Verminderung würkt ſie nicht. §. 425. Auch Dotation zum Nachtheil des Pflichttheils gilt nicht. §. 426. Ehemalige Beſchwerde der Kinder erſter Ehe, wenn die Frau den zweyten Manne zu viel von ihrem Vermögen geſchenkt. §. 427. Durch Vertrag mit dem Vater konnte die Querel nicht aufgehoben werden.

§. 398 b.

Da der Pflichttheil eine Art von Schuld, welche ſo fort nach dem Abſterben des Teſtirers abbezahlt werden muß, ſo iſt es natürlich, daß er aus der Subſtanz des Vermögens ſelbſt gegeben werden muß, cf. A. Faber Err. prag. D. 13. E. 5. daß davon keine Falcidia abgezogen werden kann, und daß wegen deſſen, wodurch die Empfänger abgefunden worden, die Erben die Gewähr zu leiſten haben L. 36. pr. C. de inoff. teſt. Scimus antea conſtitutionem relatam fuiſſe, qua cautum eſt: ſi pater minorem debita portione filio ſuo reliquiſſet: omnimodo, etſi non adjiciatur, viri boni arbitratu repleri filio, attamen ipſo jure ineſſe eamdem repletionem. Quaerebatur itaque: ſi quis rem donatam vel inter vivos vel mortis cauſa, vel in legatis, vel in teſtamento relictam agnoverit, et pro parte ſua habuerit: deinde eadem res evicta, vel tota, vel pro parte fuerit: an debeat ex noſtra conſtitutione pars legitima poſt evictionem ſuppleri: vel ſi ex lege Falcidia minuantur legata, vel fideicommiſſa, vel mortis cauſa dona-

donationes, debeat tamen ex hoc caſu ſupplementum introduci: ne, dum totam Falcidiam accipere heres nititur, etiam totum commodum hereditatis amittat. Sancimus itaque, in omnibus iſtis caſibus, ſive in totum evictio ſubſequatur, ſive in partem, emendari vitium, et vel aliam rem, vel pecunias reſtitui, vel repletionem fieri, nulla Falcidia interveniente: vt ſive ab initio minus fuerit derelictum, ſive extrinſecus qualiscunque cauſa interveniens aliquod gravamen imponat, vel in quantitate, vel in tempore: hoc modis omnibus repleri, et noſtrum juvamen purum filiis inferri. Repletionem autem fieri ex ipſa ſubſtantia patris, non ſi quid ex aliis cauſis filius lucratus eſt, vel ex ſubſtitutione, vel ex jure accreſcendi, vtputa vſusfructus. Humanitatis enim gratia ſancimus, ea quidem omnia quaſi jure adventitio eum lucrari, repletionem autem ex rebus ſuſtantiae patris fieri. Der Anfang bezieht ſich auf eine Verordnung, nach welcher, wenn nicht das ganze Quantum der Legitimae vermacht iſt, allemal auf das Supplement geklagt werden ſoll, wenn auch der Vater von Erfüllung des Abgangs nichts verordnet hat. Das iſt L. 30. pr. eod. Ne, dum totam Falcidiam etc. zielt dahin, daß, wenn der Erbe den Abgang nicht ergänzen würde, die Inofficioſitäts Klage erhoben werden möchte, welche den Erben um alles bringen würde. Zur Zeit dieſes Geſetzes konnte nemlich der Pflichttheil auch als Legat vermacht werden, und die Inofficioſitäts Klage warf noch das ganze Teſtament um. Noſtrum juvamen purum inferri, daß durch unſere Verordnung ſchlechthin und auf alle Fälle ohne Unterſchied für die Kinder geſorgt werde. Was nicht unbedingt und gerade zu vom Erblaſſer herfloß, ſollte nicht zum Pflichtstheil gerechnet werden. Die Worte: vtputa vſusfructus ſind vermuthlich unächt, da ſie keinen Verſtand haben.

§. 399. Nach Gelde kann der Erblaſſer den Pflichttheil beſtimmen und darauf geben. Was aber dieſer nicht auf Geld geſezt, muß der Erbe aus den natural-Gütern ſelbſt geben, A. Faber Err. pragm. D. 14. E. 10. D. 15. E. 2. Die Sachen, welche der Erblaſſer auf den Pflichttheil angewieſen, muß der Sohn ebenfalls annehmen. Nur hat er, wenn ſie zum Pflichttheil zu wenig ſind, die Erfüllungsklage l. c.

§. 400. Da der Pflichttheil eine Erbportion iſt, ſo kann man leicht beantworten, wie die Abfindung geſchehen müſſe. Man muß nemlich hier eben ſo verfahren wie bey der Abfindung eines Miterben, wenn der Erblaſſer nicht beſonders etwas deshalb verordnet hat. Chiflet de port. legit. Otto Theſ. Tom. 5. p. 742.

§. 401. Durch die vorige Verordnung §. 398. iſt etwas, das vorher Rechtens war, aufgehoben. Nemlich ehemals wurden auch die nach und nach geſammelten Früchte zum Pflichtstheile gerechnet. Welches hernach Juſtinian erſt nur in Anſehung der Söhne L. 6. C. ad Sct. Treb., hernach allgemein geändert hat L 36. C. de inoff. teſt. Wenn durch dieſe ſo viel herauskam, daß der Sohn dadurch die Summe ſeiner Legitimae zuſammen hatte; ſo konnte er ſich weiter nicht beſchweren. Es war dies daher zu leiten, weil der Pflichtstheil zur Nachahmung der Falcidiae eingeführt war. Bey der Falcidia aber iſt die Einrechnung der Früchte gewöhnlich. L. 8. §. 11. de inoff. teſt. Vnde ſi quis fuit inſtitutus forte ex ſemiſſe, cum ei ſextans ex ſubſtantia teſtatoris deberetur, et rogatus eſſet, poſt certum temporis reſtituere hereditatem: merito dicendum eſt, nullum judicium moveri cum debitam portionem et ejus fructus habere poſſit. Fructus enim ſolere in Falcidiam imputari non eſt incognitum. Ergo et ſi ab initio ex ſemiſſe heres inſtitutus rogetur, poſt decennium reſtituere hereditatem

tem; nihil habet, quod queratur, quoniam facile poteſt debitam portionem ejusque fructus medio tempore cogere. Die weitläuftigen Anmerkungen des Ant. Faber zu dieſer Stelle weichen von den Grundſätzen des römiſchen Rechts ganz ab.

§. 402. Weil der Pflichtstheil eine Schuld iſt, ſo ſoll er auch ſo fort, nach dem Tode des Teſtirers, bey Straſe, von dem Erben ausgezahlt werden L. 33. pr. C. de inoff. teſt. Si quis ſuo teſtamento maximam quidem portionem libero relinquat, minuſculam autem alii vel aliis, de ſtirpe ſua progenitis, ipſam tamen legitimam ſive in hereditate, ſive in legato, vel fideicommiſſo, vt non poſſit locus inofficioſi teſtamenti querelae fieri, et ille quidem, qui ex parvulo genitoris ſui conſequitur ſubſtantiam, eam ſuſcipere maluerit, qui autem ex majore parte eam amplexus eſt (ſive vnus, ſive plures ſint) non ſtatim et ſine contentioſo propoſito, vel vlla mora eam reſtituere voluerit, ſed exſpectato judiciorum ſtrepitu, et multis variisque certaminibus habitis, poſt longum tempus, ex ſententia judicis vix eam reddiderit: crudelitatem ejus competenti poena aggredimur: vt ſi haec fuerint ſubſecuta, non tantum in id, quod teſtator voluit eum reſtituere condemnetur, ſed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in teſtamento derelicta, modis omnibus, reddere cogatur: vt avaritia ejus legitimis ictibus feriatur: aliis omnibus, quae in eodem teſtamento, vel elogio ſcripta ſunt, pro ſui tenore ad effectum perducendis. Das Geſetz redet von einem Erben (libero) dem viel (maxima portio) verlaſſen iſt, daneben den Kindern weniger, (minuſcula) jedoch ſo viel gegeben iſt, daß ſie ihren Pflichtstheil haben. Hier ſoll der, der den wenigern, oder Pflichtheil bekommt, (qui ex parvulo conſequitur ſubſtantiam) ſolchen ſofort von dem Erben des gröſſern Theils der Güter (qui ex majo-

majore parte eam amplexus) erhalten. Sonſt ſoll dieſer noch den dritten Theil ſo viel, als jenem verlaſſen iſt, zur Strafe dazu geben.

§. 403. Wenn Jemand zu Erben ernannt iſt, ihm über die Güter an den, dem der Pflichttheil gebührt, nach langer Zeit zurück zu geben auferlegt iſt: ſo muß er ſo viel, als der Pflichttheil ausmacht, ſogleich geben. Mit dem übrigen hat es Zeit bis zu dem vom Erblaſſer verordneten Termine L. 36. §. 1. C. de inoff. teſt. Cum autem quis, extraneo herede inſtituto, reſtituere eum filio ſuo hereditatem ſuam, cum moriatur, diſpoſuerit, vel in tempus certum reſtitutionem diſtulerit: quia noſtra conſtitutio, quae antea compoſita eſt, omnem dilationem omnemque moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pars pura mox filio, reſtituatur: in hujusmodi ſpecie, quid faciendum ſit, dubitatur. Sancimus itaque, quartae quidem partis reſtitutionem jam nunc celebrari, non exſpectata nec morte heredis, nec temporis intervallo, reliquum autem, quod poſt legitimam portionem reſtat, tunc reſtitui, quando teſtator diſpoſuit. Sic etenim filius ſuam habebit portionem integram, et qualem leges et noſtra conſtitutio definivit: et ſcriptus heres commodum, quod ei teſtator dereliquit, cum legitimo moderamine ſentiet. Da die Stelle ſchlechthin verordnet, daß, wenn dem, einem Kinde vermachten, Theile eine Zeit beygefügt iſt, nach welcher ſolcher gegeben werden ſoll, ſo viel, als den Pflichttheil macht, ſo fort, das übrige aber erſt nach der beſtimmten Zeit abgeliefert werden ſoll; ſo iſt nicht abzuſehen, wie A. Faber Err. pragm. D. 15. E. 1. etwas dagegen einzuwenden haben könne.

§. 404. Es darf auch keine Beſchwerde von irgend einer Art auf den Pflichtstheil gelegt werden. Daegner

de

de onere legitimae. Fauſt de illegit. legit. gravam. Stryk de gravam. legitimae. Senkenb. de gravam. in legit. Geſchieht es, daß Bedingungen, Zeitbeſtimmungen, oder ſonſtiger Aufenthalt, oder Laſten demſelben beygeſezt werden, ſo ſoll nach der neueſten Verordnung ſolches angeſehen werden, als wenn es nicht da ſtünde, ſondern der Pflichttheil ohne Bedingung, Zeit, Aufenthalt und Laſt, verlaſſen wäre, und in der Maaſſe derſelbe ungehindert und unbeläſtigt abgeliefert werden. L. 32. C. de inoff. teſt. Quoniam in prioribus ſanctionibus illud ſtatuimus, vt, ſi quid minus legitima portione his derelictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occaſione minoris quantitatis teſtamentum reſcindatur: hoc in praeſenti addendum eſſe, cenſemus, vt, ſi conditionibus quibusdam vel dilationibus, aut aliqua diſpoſitione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente eorum jura, qui ad memoratam actionem, vocabantur, imminuta eſſe videantur, ipſa conditio vel dilatio, vel alia diſpoſitio, moram vel quodcunque onus introducens tollatur, et ita res procedat, quaſi nihil eorum teſtamento additum eſſet. Dieſe Verordnung macht gegen die alten Grundſätze eine wichtige Veränderung. Vorher entſtand, wenn man filios ſuos unter einer caſual Bedingung zu Erben ernennte, eine Ungültigkeit in der Erbeinſetzung, wenn nicht auf den Fall der nicht erfüllten Bedingung zugleich die Enterbung beygefügt worden. Eine Poteſtativ Bedingung aber konnte der Einſetzung eines filii ſui beygefügt, und ſie muſte erfüllt werden. Beydes hört nun auf. Die Poteſtativ Bedingung braucht nicht mehr erfüllt zu werden. Sie iſt unter den Beſchwerden begriffen, welche nach dieſer Stelle ohne Unterſchied, als nicht da ſtehend, angeſehen werden ſollen. Mit der Caſual-Bedingung hat es gleiche Beſchaffenheit. Auch ſie iſt, als nicht bey-

beygefügt, anzuſehen, ſo fern ſie den Pflichttheil betrift. Eine Ungültigkeit der Einſetzung macht dieſelbe nicht weiter. Das Geſetz redet ausdrücklich von allen Arten der Bedingung: Si conditionibus quibusdam. Die Abſicht deſſelben iſt, da das Teſtament gültig zu erhalten, wo es ſonſt für ungültig paſſirte: ne occaſione minoris quantitatis teſtamentum reſcindatur: hoc in praeſenti addendum etc. Weil aber dies alles nur den Pflichtstheil betrift, und das übrige Vermögen nach L. 36. §. 1. C. de inoff. teſt, davon unterſchieden werden muß, wenn es gleich unter einer und eben derſelben Verordnung des Teſtaments begriffen iſt, ſo muß man auch in Anſehung der Bedingung dieſes übrige Vermögen vom Pflichtstheil bey einerley Verordnung unterſcheiden. Bey jenem nemlich kann jede Beſchwerde, Aufenthalt, Zeitbeſtimmung und Bedingung ſtatt finden, weil es dem Pflichtstheil Berechtigten nicht nothwendig gebührt. Alſo kann auch in ſofern die Caſual-Bedingung bey filiis ſuis nun nicht weiter verworffen, und aus ihr eine Ungültigkeit der Einſetzung hergeleitet werden.

§. 405. Daß ehemals ein filius ſuus unter einer Poteſtativ Bedingung ernannt werden können, kommt theils anderwärts vor, beſonders iſt es oben bey der Materie von Bedingungen der Erbeinſetzung da geweſen, theils lehrt es L. 4. pr. de hered. inſtit. Suus quoque heres ſub conditione heres poteſt inſtitui. Sed excipiendus eſt filius, quia non ſub omni conditione inſtitui poteſt. Et quidem ſub ea conditione, quae eſt in poteſtate ipſius, poteſt. De hoc enim inter omnes conſtat. Sed vtrum ita demum inſtitutio effectum habeat, ſi paruerit conditioni; an et ſi non paruerit, et deceſſit? Iulianus putat, filium ſub ejusmodi conditione inſtitutum, etiam ſi conditioni non paruerit, ſummotum eſſe. Et ideo ſi coheredem habeat ita inſtitutus, non debere eum exſpectare donec conditioni pareat,

reat filius. Cum, etſi patrem inteſtatum faceret, non parendo conditioni, procul dubio exſpectare deberet. Quae ſententia probabilis mihi videtur, vt ſub ea conditione inſtitutus, quae in arbitrio ejus ſit patrem inteſtatum non faciat. Unter dem herede ſuo muß man hier, weil der filius ſuus ausgenommen wird, die Töchter und Enkel verſtehen. Der filius ſuus ſollte eigentlich gar nicht bedingt ernannt werden können, weil dabey eine praeteritio in caſum contrarium vorkam. Aber aus Achtung gegen den Vater hielt man es für billig, daß bey der Poteſtativ-Bedingung eine Ausnahme gemacht, und dieſe erfüllt würde, weil ſie leicht erfüllt werden kann. Die Frage in dieſer Stelle iſt, ob die beygefügte Bedingung nicht nur keine Ungültigkeit des Teſtaments würke, ſondern ſolche auch erfüllt werden müſſe, ſo daß, wenn ſolches nicht geſchieht, eine Nichtigkeit der Erbeinſetzung des Sohnes blos aus der unterlaſſenen Erfüllung erwachſe. Julian lehrte nebſt andern, es entſteht aus der Unterlaſſung die Ungültigkeit der Einſetzung des Sohns. Das Teſtament aber bleibe gültig: filium ſi conditioni non paruerit, (valide) ſummotum eſſe. Wenn alſo der Sohn ſtirbt, ohne die Bedingung erfüllt zu haben, ſo fällt die Erbſchaft an deſſen Miterben. Ob er die Bedingung erfüllen werde oder nicht, iſt demnach abzuwarten. Es iſt ſichtbar, daß, ſtatt: non debere eum exſpectare geleſen werden müſſe debere eum exſpectare. Sonſt hat auch der Zuſatz: cum etſi patrem inſtitutum etc. keinen Sinn. Es ſoll heiſſen: Da, wenn auch angenommen würde, daß die Bedingung eine Ungültigkeit des Teſtaments nach ſich zöge, welches bey denen geſchieht, die auf dem Sterbebette nicht mehr erfüllt werden können, dennoch dieſe Sterbenszeit erſt abgewartet werden müſte. Vlpian tritt auch der Meynung bey, daß das Teſtament gültig ſey, und bis ans Ende des Sohns gültig bleibe, ſo daß er nicht Erbe werde, wenn

er

er die Bedingung nicht erfüllt, ſondern mit ſeinem Abſterben ſein Erbſchaftsantheil an die Miterben des Teſtaments falle: vt patrem inteſtatum non faciat.

§. 406. Ob die Bedingung unter die Poteſtativas gehörte, war aus den Umſtänden zu beurtheilen. L. 4. §. 1. de hered. inſt. Puto recte generaliter definiri, vtrum in poteſtate fuerit conditio, an non fuerit, facti poteſtas eſt. Poteſt enim et haec; *ſi Alexandriam pervenerit*, non eſſe in arbitrio per hiemis conditionem. Poteſt et eſſe, ſi ei, qui a primo miliario Alexandriae agit, fuit impoſita. Poteſt et haec: ſi *decem Titio dederit*, eſſe, in difficili, ſi Titius peregrinetur longinquo itinere. Propter quae ad generalem definitionem recurrendum eſt. Facti poteſtas eſt: es kommt darauf an, ob es die beſondere Umſtände geſtatten, daß man es möglich machen kann.

§. 407. Eine vorher zu erfüllen mögliche und leichte Bedingung hörte auf Poteſtativa zu ſeyn, und machte daher das Teſtament ungültig, ſo bald Umſtände bey Leben des Sohns eintraten, welche ihm ſie nun zu erfüllen nicht mehr geſtatteten L. 5. de hered. inſtit. Apud Iulianum libro vigeſimo nono digeſtorum Marcellus notat: Si ejusmodi ſit conditio, ſub qua filius heres inſtitutus ſit, vt vltimo vitae ejus tempore certum ſit, eam exiſtere non poſſe: et pendente ea decedat: inteſtato patri heres erit veluti: *Si Alexandriam pervenerit, heres eſto.* Quodſi etiam noviſſimo tempore impleri poteſt, veluti: *Si decem Titio dederit, heres eſto:* contra puto.

§. 408. Wenn ſie ſo beſchaffen war, daß ſie bis ans Ende erfüllt werden konnte, ſo wird, ſo lange der Sohn lebte, das Teſtament nicht ungültig, ohnerachtet die

Be-

Bedingung nicht erfüllt wurde, behielt auch bey ſeinem Abſterben ſeine Kraft. Bis dahin behielt der Sohn die Erbſchaft, ſo ihm zugetheilt war, und nach ſeinem Tode fiel ſie erſt dem zu, dem ſie wegen nicht erfüllter Bedingung gehörte. L. 4. §. 2. de hered. inſtit. Sed et ſi, filio ſub conditione, quae in ejus poteſtate eſt, herede inſtituto, nepos ſit ſubſtitutus, ſive extraneus: puto, vivo filio, non exſtiturum heredem ſubſtitutum: poſt mortem vero exſtiturum. Nec neceſſariam a ſubſtituto filii exheredationem: cum, etſi fuerit facta, fruſtra eſt. Poſt mortem enim filii facta eſt, quam inutilem eſſe, alias oſtendimus. Opinamur igitur, filium, ſi ſit inſtitutus ſub ea conditione, et ſit in ejus poteſtate, non indigere exheredatione a ſequentibus gradibus. Alioquin et a coherede indigebit. Bey der Subſtitution braucht keine Enterbung des Sohns zu geſchehen, weil ſolche nach dem Tode deſſelben erſt angeht. Es iſt aber unſchicklich, Jemanden nach ſeinem Tode zu enterben. L. 29. §. 2. de lib. et poſt. Bey der Ernennung eines Miterben, den man dem Sohn an die Seite ſezt, iſt eine beſondere Enterbung auf den Fall der nicht erfüllten Podeſtativbedingung ebenfalls nicht nöthig, weil auch dieſer Miterbe erſt nach dem Tode des Sohnes alles bekommt.

§. 409. Ein anders war es, wenn zur Erfüllung der Poteſtativbedingung eine gewiſſe Friſt vom Erblaſſer geſezt war. In dieſem Falle fiel des Sohns Antheil ſogleich nach abgelaufener Friſt an den Miterben oder Subſtituten. Dieſe Zeit war alsdenn ſtatt der Zeit des Abſterbens. L. 6. pr. de hered. inſt. Sed ſi conditioni dies eſſet adiectus, vtputa: *Si capitolium intra dies triginta aſcenderit:* tantundem poteſt dici: vt, ſi non paruerit conditioni, ſubſtitutus poſſit admitti, filio repulſo. Conſequens eſt ſententiae Iuliani et noſtrae.

§. 410.

§. 410. Wofern die Einſetzung des Sohns unter einer Poteſtativbedingung geſchehen, ſo war keine Enterbung auf den entgegen ſtehenden Fall nöthig. L. 86. pr. de hered. inſtit. Iam dubitari non poteſt, ſuos quoque heredes ſub hac conditione inſtitui poſſe, vt, ſi voluiſſent, heredes eſſent: ſi heredes non eſſent, alium, quem viſum erit, ei ſubſtituere. Negatumque, hoc caſu neceſſe eſſe, ſub contraria conditione filium exheredare. Primum quia tunc tantum id exigeretur, cum in poteſtate ejus non eſſet, an heres patri exiſteret, exſpectantis extrinſecus poſitae conditionis eventum. Deinde quod etſi quacunque poſita conditione deberet filius ſub contraria conditione exheredari: in propoſito ne poſſibilis quidem reperiri poſſet. Certe ſi verbis exprimeretur, inepta fieret. Huic enim conditioni: *ſi volet, heres eſto*, quae alia verba contraria, quam haec: *ſi noleat heres eſſe, exheres eſto?* Quod quam ſit ridiculum, nulli non patet. Ei ſubſtituere nemlich licere. In propoſito nemlich caſu.

§. 411. Wenn unter einer Caſualbedingung die Einſetzung geſchehen, ſo galt das Teſtament, wofern auf den Fall der Nichterfüllung derſelben ausdrücklich die Enterbung beygefügt war. Jedoch muſte in dieſem Falle es ſich bey Leben des Sohns entſcheiden, ob die Bedingung zur Würklichkeit komme oder nicht. Alsdenn war der Sohn vor ſeinem Ende entweder pure enterbt, oder pure zu Erben ernannt. Wenn hingegen pendente conditione der Sohn ſtarb, ſo war er bey ſeinem Leben weder als Erbe ernannt, noch enterbt, alſo übergangen. Folglich wurde das Teſtament ungültig. L. 28. pr. de lib. et poſt. Filius a patre, cujus in poteſtate eſt, ſub conditione, quae non eſt in ipſius poteſtate, heres inſtitutus, et in defectum conditionis exheredatus, deceſſit pendente etiam tunc conditione tam inſtitutionis, quam

quam exheredationis. Dixi, heredem eum ab inteſtato mortuum eſſe: quia, dum vivit, neque ex teſtamento heres, neque exheredatus fuit. Herede autem ſcripto ex parte filio, coheres poſt mortem filii inſtitui poteſt. Heredem eum ab inteſtato mortuum eſſe, heißt: Er ſey als ein Inteſtaterbe des Vaters geſtorben, indem das Teſtament ungültig geworden. A. Faber meint, es ſey dem Sohn, der ex aſſe ernannt war, auf den Fall, daß die Enterbungsbedingung würklich wurde, ein Subſtitut geſezt worden, weil ſich ſonſt keine Würkung der Enterbung, nullo in teſtamento ſcripto herede, gedenken ließ. Conject. L. 3. c 15. cf. Averan. Interpr. L. 4. c. 29. Herede autem ſcripto etc. iſt ein unverſtändlicher Zuſaß. Wenn das Teſtament zum Theil ungültig iſt, ſo fällt der eine Theil, der abgeht, dem Miterben zu, wofern dieſer dem Enterbten ſubſtituirt iſt. Daher A. Faber l. c. für inſtitui, beſſer: ſubſtitui poteſt, geleſen haben will. Langebeck bey Ott. Theſ. Tom. 1. p. 543. ſcheint die Stelle von einem, bey Leben des Erblaſſers erfolgten Tode des Sohnes, und denn nach deſſen Tode vom Teſtirer de novo erſt erfolgter Verlegung deſſen Theils an den Miterben zu erklären, weil ſich eine Gültigkeit der Subſtitution bey Uebergehung des Sohnes nicht gedenken laſſe. Es iſt ohnmöglich, einen ſchicklichen Sinn dieſes Zuſatzes zu finden.

§. 412. Dieſe Dinge haben ſich nun alle durch L. 32. C. de inoff. teſt. geändert. Weil keine Beſchwerde bey dem Pflichttheile ſtatt findet, ſo gilt auch die Beſchwerde nicht, da der Vater, ſeiner Frau, der Mutter ſeiner Kinder, den Nießbrauch von ganzen Vermögen auf Lebenszeit verlaſſen hat. So viel der Pflichttheil der Kinder ausmacht, muß ſie in dieſem Falle an ſolche ſofort abgeben. Nov. 18. c. 3. Prohibemus autem et illud grave exiſtens et habens quidem aliquam legalem

occaſionem, in duram tamen incidens crudelitatem et amaritudinem. Novimus enim aliqua teſtamenta, ſecundum quae morientes, non paterne, nec vt viros oportebat, ſed nimis molliter atque remiſſe fecerunt inſtitutiones vxoribus: ſiquidem illis omnem reliquerunt ſuarum rerum vſumfructum, filiis autem proprietatem nudam. Quamobrem arbitror, ſtudium eſſe hujusmodi teſtamentis vxores etiam proprietatem acquirere, filiis forte fame peremtis. Vnde enim et in medio gubernentur et quotidianum habeant cibum, nihil eis derelicto vxoris ira, forſan et irrationabili, intercedente, quae eis etiam quotidianam gubernationem abripiat? Non licebit igitur de caetero vllo omnino filios habenti tale aliquid agere: ſed modis omnibus eis hujus legitimae partis, quam nunc deputamus, et vſumfructum inſuper, et proprietatem relinquat, ſi vult filiorum non repente fame morientium, ſed vivere valentium, vocari pater. Et haec omnia dicimus non in patre ſolo, ſed et in matre et avo et proavo, et adjunctis vnicuique foeminarum perſonis, id eſt, avia et proavia, ſive paternae, ſive maternae ſint. In medio gubernentur heiſt ſo viel, als: interim educentur. Ira intercedente heiſt: ira interveniente. Adjunctae foeminarum perſonae ſind die Eheweiber der gedachten Aſcendenten.

§. 413. Von einem beſondern Fall einer Beſchwerde redet L. 12. C. de inoff. teſt. Si pater puellae (cujus vos curatores eſſe dicitis) filio ex ſemiſſe, ipſa autem ex triente, et vxore ex reliquo ſexante ſcriptis heredibus fidei filiorum commiſit, vt, ſi quis eorum intra viginti quinque annos aetatis decederet, ſuperſtitibus portionem ſuam reſtitueret: praeterea vxori, vt id, quod ex cauſa hereditatis ad eam perveniſſet, filiis poſt mortem ſuam reſtitueret, fideicommiſit: calumnioſam inofficioſi actio-

actionem adverſus juſtum judicium teſtatoris inſtituere non debetis, cum ex hujusmodi fideicommiſſaria reſtitutione tam matris, quam fratris ejus portio ad eam poterat pervenire. Es iſt hier von einem gegenſeitigen Fideicommiß unter Geſchwiſtern die Rede, daneben die Frau des Teſtirers, der Kinder Mutter und Miterbin, ihr Antheil auch nach ihrem Tode an die Kinder verfallen ſollte. Fidei filiorum comiſit heiſt: er hat den Kindern, dem Sohn und der Tochter, auferlegt, daß ſie einander gegenſeitig ihren Antheil, bey ihrem Abſterben, vor der Majorennität abliefern ſollten. Ein Kind erhielt hier Antheil an der Mutter Erbportion zur Zeit deren Todes, und des andern Geſchwiſter Erbportion, wenn dieſes vor der Mündigkeit verſtarb. Alſo war gut für jedes Kind geſorgt. Daher ſollen ſie damit zufrieden ſeyn und keine Einwendung machen. Einige glauben daher, dieſer Fall ſey von der Verordnung des L. 32. de inoff. teſt. ausgenommen. Andre glauben die ältere Verordnung des L. 12 C. ſey durch die neuere Verfügung des L. 32. C. abgeändert. Weil L. 32. C. allgemein iſt, und, wenn auch die Fideicommiſſarii dem Kinde noch ſo viel Gutes hoffen ließen, dieſes doch vor den Fiduciariis verſterben konnte, und alsdenn ohne Gegenvortheil ſein Pflichttheil unter die Laſt des Fideicommiſſes gezogen war; ſo iſt die leztere Meynung billig der erſtern vorzuziehen.

§. 314. Aus eben dem Grunde kann dem Vater, welchem der Nießbrauch des Vermögens ſeiner Kinder zukommt, von der Mutter, ſo fern ſie den Kindern den Pflichttheil verläßt, die Nutzung davon nicht unterſagt und verboten werden. Dieſes Quantum, welches den Pflichttheil ausmacht, hat das Kind der Mutter gleichſam nicht zu verdanken. Sie hat alſo kein Recht Bedingungen zu machen, unter welchen das Kind dieſes Gut beſi-

beſitzen und haben ſoll. Vor Iuſtinian, da das Verbot des väterlichen Vſusfructus bey Verlaſſenſchaften an die Kinder noch nicht eingeführt war, konnte die Frage nicht vorkommen, wie es hier mit dem Pflichttheil zu halten. Aber dies war gewöhnlich, daß die Mutter unter der Bedingung der Entlaſſung von der väterlichen Gewalt zu Erben ernannte. Dies war auch zuläßig. Bauer de vſufr. et adminiſtr. legit. a matr. aut aſcend. matern. lib. relinq. patri non adim. Breuning an patri vſusfr. adimi poſſ. in filii acquiſit. ex heredit. aviae matern. L. 25. C. de inoff. teſt. Filiis matrem, quae de mariti moribus ſecus ſuſpicatur, ita poſſe conſulere jure compertum eſt, vt eos ſub hac conditione inſtituat heredes, ſi a patre emancipati fuerint: atque eo pacto ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem patrem cum re accipere non videri, qui conditioni minime obtemperaverit: neque et nomine filiorum inofficioſi eo modo actionem poſſe competere, quibus nullam injuriam fecerit mater, ſed potius putaverit providendum, et ideo reſtituere debet. Es wird vorausgeſezt, daß die Mutter dem Kinde einen Subſtituten oder Miterben im Teſtamente gegeben. Gegen dieſen konnte nicht querela inofficioſi gebraucht werden, weil das Kind zu Erben ernannt war. Bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas konnte der Vater während, daß die Bedingung in ſuſpenſo war, zwar für das Kind annehmen; ſie war aber ſine re, d. i. bedingt und eventuel, nicht cum re, d. i. pura und certa. Alſo muſte die Bedingung erfüllt werden, wenn Namens des Kindes geerbt werden wollte. Neuerlich würde die Entſcheidung wegfallen, weil eine Bedingung, ſofern ſie dem Pflichttheil beygefügt wird, pro non adjecta zu achten iſt.

§. 415. Eben daher kommt es, daß diejenigen, welchen der Pflichttheil gebührt, durch keine Handlung und

und Veräuſſerung unter den Lebendigen darum gebracht werden können. Thomaſ. de legit. vivent. Deshalb gelten Schenkungen unter Lebendigen nicht, ſo fern ſie dem Pflichttheil zum Schaden gereichen, und es giebt eine Quer. inoff. donat., welche K. Alexand. Sever. eingeführt. L. 87. §. 3. de Leg. 2. Lauterb. de inoff. don. Frieſe, Link de quer. inoff. don. Boehm. de quer. inoff. don. fratr. Rau de quer. inoff. donat. L. 1. C. de inoff. don. Si (vt allegatis) mater veſtra ad eludendam inofficioſi querelam, pene vniverſas facultates ſuas, dum ageret in rebus humanis, factis donationibus, ſive in quosdam liberos, ſive in extraneos exhauſit: ac poſtea vos ex duabus vnciis fecit heredes, easque legatis et fideicommiſſis exinanire geſtivit: non injuria juxta formam de inofficioſo teſtamento conſtitutam ſubveniri vobis, vtpote quartam partem non habentibus; deſideratis. Es müſſen alſo die verſchenkten Güter zu dem, was noch vorhanden, hinzugerechnet, und ſo die Summe des Pflichttheils beſtimmt werden. Wenn er, ſo gerechnet, ſich nicht mehr beyſammen findet, müſſen die Donatoren von dem Geſchenkten, ſo viel nöthig, zurück geben.

§. 416. Dies lehrt Nov. 92. c. 1. Poſita igitur a nobis lege in ſua virtute manente, illud volumus, vt ſi quis donationem immenſam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, neceſſarium habeat in diſtributione hereditatis tantam vnicuique filiorum ſervare ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit, faceret. Sic enim nihil vlterius in donationibus querentur, qui habent quidem in omni ſubſtantia patris, quod legitimum eſt: in tantum aucta quantitate, quantum habuit ſubſtantia patris, antequam donationibus exhauriretur: non valentibus filiis, qui donationibus honorati ſunt, dicere,

contentos ſe quidem eſſe, immenſis his donationibus, videri autem abſtinere paterna hereditate. Sed neque cogendis quidem, ſi contenti ſunt donationibus, ſuſcipere hereditatem: neceſſitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus, quod haec defert, ſecundum quam ſcripſimus menſuram, vt non minus habeant illi, quam quod ex legibus eis debetur, propter factam in donationibus immenſitatem: dum liceat patri mediocriter ſapienti circa omnem prolem etiam iis, qui ab eo potius diliguntur, donare aliquid amplius, et non caeteros filios per immmenſitatem in illos factam laedere, et noſtram transſcendere intentionem. Et haec quidem noſtra ab initio cogitatio fuit. Differentes autem illud dudum et humanarum experti animarum, quoniam videbamus eos in hujusmodi paſſionibus labefactari, atque deſcendere, propterea nunc augmentum illi legi hoc facimus. Avth. Vnde et C. de inoff. teſt. Vnde et ſi patens in quemdam liberorum vel in quosdam donationem immenſam fecerit: quisque tantum feret ex hereditate nomine Falcidiae, quantum poterat ante donationem deberi. Licet autem ei, qui largitatem meruit, abſtinere hereditate, dummodo ſuppleat ex donatione (ſi opus ſit) caeterorum portionem. Die Anfangsworte der Novelle beziehen ſich auf die von Iuſtinian gemachte Erhöhung des Pflichttheils. Die Worte: Sic enim — exhauriretur, heiſſen: Auf ſolche Art, wenn man die geſchehenen Schenkungen zu dem Vermögen des Schenkers wieder hinzurechnet, und da nach dem Pflichttheil findet, haben ſich die Kinder nicht zu beſchweren. Sie haben alles, was ſie nach den Geſetzen verlangen können, da das Vermögen des Vaters dadurch wieder ſo groß geworden, als es vor den Schenkungen war. Die, ſo zur Ungebühr geſchenkt bekommen, können ſich durch Abſtinenz von des Vaters Erbſchaft der Abgabe von den, den Pflichttheil kränkenden Schen-

Schenkungen nicht entziehen. Dadurch können ſie zwar die Collation vermeiden, aber der Geſchwiſter Pflichttheil nicht kränken. Neceſſitatem autem — menſuram. Die Geſchwiſter ſollen gezwungen ſeyn, was durch die Schenkung abgeht, und bey der Beerbung den andern gebührt, dergeſtalt zu ergänzen, daß die neue erhöhete Pflichttheils-Quantität herauskommt. In hujusmodi paſſionibus labefactari atque deſcendere heiſt beſſer: ad hujusmodi affectus delabi atque deferri.

§. 417. A. Faber, welcher Conject. L. 3. c. 17. aus der allgemeinen Aehnlichkeit der Quer. inoff. donat. mit der Quer. inoff. teſt. L. 1. 6. C. de inoff. don. L. 4. C. de Contr. emt. und L. 87. §. 3. de Leg. 2. herleitet, daß die erſtern ebenfalls die ganze Schenkung umwerfen, giebt zu, daß Nov. 92. eine Aenderung darin gemacht, wenn die Schenkung nicht das ganze Vermögen erſchöpft. Im Fall aber ſolche das ganze Vermögen begreift, meint er, bleibe das alte Recht. Im L. 8. C. de inoff. teſt. erklärt er die Worte: pro ratione quartae von dem 4ten Theil des ganzen Vermögens, ſo einem von 4 Kindern gebührt.

§. 418. So viel, als dem Pflichttheile abgeht, wird von den Schenkungen allemal abgezogen. L. 2. C. de inoff. don. Si pater omne patrimonium ſuum impetu quodam immenſae liberalitatis in filium effudit: aut in poteſtate ejus is permanſit, et arbitri familiae erciſcundae officio congruit, vt tibi quartam partem debitae ab inteſtato portioni praeſtet incolumen: aut ſi emancipatus is fuit: et quia donatio non indiget alieno adminiculo, ſed ſuis viribus nititur juxta conſtitutiones: is qui provinciam regit, ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti querelae, auxilium tibi aequitatis impertiet. Wenn die Schenkung an einem emancipirten

Sohn geſchehen, ſo iſt ſie an ſich gültig, wird nicht erſt durch den Todt des Vaters, und durch den arbitrum familiae erciſcundae beſtätigt. Non indiget alieno adminiculo, ſed ſuis viribus nititur juxta conſtitutiones. Der emancipirte Sohn kann ſich daher von der Beerbung des Vaters losſagen und dadurch der Collation entziehen. Alsdenn hat nur querela inoffícioſae donationis gegen ihn ſtatt. Iſt einem nicht emancipirten Sohne die Schenkung geſchehen; ſo wird ſie, wenn nicht durch den Todt des Vaters L. 13. C. de collat., doch durch das Arbitrium der Erbtheilung beſtätigt. Der Sohn muß alſo, wenn er ſie behalten will, an der Beerbung mit Antheil nehmen, oder es wird angeſehen, als ob der Vater einen lezten Willen gemacht hätte, wo nach dem aus den Umſtänden erhellenden Willen des Erblaſſers die Theilung zu machen. Auf ſolche Art fällt die dem andern Sohne geſchehene Verletzung am Pflichttheile weg. Hier iſt wieder die beſtändige Vorſtellung der Geſetze vom Pflichttheile erſichtlich, den wir oben bemerkt haben. Sie iſt hier quarta pars debitae ab inteſtato portionis.

§. 419. Eben dies ſagt L. 5. C. de inoff. donat. Si totas facultates tuas per donationes vacuas feciſti, quas in emancipatos filios contuliſti: id, quod ad ſubmovendam inofficioſi teſtamenti querelam non ingratis liberis relinqui neceſſe eſt, ex factis donationibus detractum, vt filii vel nepotes poſtea ex quocunque legitimo matrimonio nati debitum bonorum ſubſidium conſequantur: ad patrimonium tuum revertetur. Aus dieſer Stelle iſt zu erſehen, daß diejenigen, welche mit Recht enterbt werden konnten, auch die Schenkungen aus dem Grunde der Inofficioſität nicht anfechten durften. Auch zeigt dieſe Stelle, daß die Anfechtung der Schenkungen von Seiten der Inofficioſität dieſelben nie ganz umwarf. A. Faber, der behauptet, die Inofficioſitätsklage werfe

auch die inofficioſas donationes ganz um, lehnt dieſe Stelle damit ab, daß hier ein Fall vorkomme, wo die Kinder erſt nach der Schenkung gebohren worden, denen nicht vorſätzlich durch dieſelben etwas entzogen worden. Conject. L. 3. c. 17. Ihm widerſpricht mit Recht Vinn. Quaeſt. Sel. L. 2. c. 33. aus unſerer Stelle und L. 2. 7. eod. Schorcht de don. inoff. pro parte legit. reſcindend.

§. 420. Von gleichem Inhalt iſt L. 6. C. de inoff. donat. Cum donationibus in fratrem tuum collatas facultates patris tui exhauſtas eſſe, eumdemque patrem veſtrum ea, quae ſuperfuerant, codicillis inter vos diviſiſſe proponas: ſi voluntatem ejusdem non agnoviſti, nec beneficio aetatis adverſus haec juvari poteris, nec tantum dos a patre data, et fideicommiſſum contineat, quantum ad ſummovendam querelam ſufficiat: de enormitate donationum ad exemplum inofficioſi teſtamenti praeſes provinciae jurisdictionis ſuae partes exhibebit. Man ſieht aus dieſer Stelle, daß die Theilungen unter Kindern von jeher ohne Formalität gemacht werden durften, und in Codicillen geſchehen können. Mit den Teſtamenten unter Kindern hatte es eine andere Bewandniß. Eben ſo lehrt dieſe Stelle, daß ſchon zu Diocl. und Maxim. Zeiten die Einrechnung des Heyrathguts in den Pflichttheil üblich geweſen. Wenn nicht durch Reſtitutio in integrum geholfen werden kann, ſo hilft die Inofficioſitätsklage in ſubſidium. Wenn die Tochter, an welche das Reſcript gerichtet iſt, den geringen Theil, ſo ihr gegeben war, ſchon angenommen hatte, ſo konnte ſie nach den Grundſätzen der damaligen Zeit nicht weiter klagen.

§. 421. Eben dahin geht L. 7. C. de inoff. don. Si mater tua patrimonium ſuum ita profunda liberali-

tate in fratrem tuum eviſceratis opibus ſuis, exhauſit, vt quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficioſi teſtamenti querelam adverſus te ſufficeret, in his donationibus, quas tibi largita eſt, non habeas: quod immoderate geſtum eſt, revocabitur. Hier hatte die Mutter zwey Söhne. An dieſe hatte ſie ihr Vermögen durch Schenkungen vertheilt. Aber die Schenkungen waren ſo ungleich, daß der eine nicht die Hälfte des von dem ganzen Vermögen den Kindern zuſammen gebührenden Pflichttheils hatte. Daher muſte der Abgang erſezt werden.

§. 422. Ferner gehört hieher L. 8. pr. C. de inoff. don. Si liqueat, matrem tuam, intervertendae quaeſtionis inofficioſi cauſa, patrimonium ſuum donationibus in vnum filium collatis exhauſiſſe: cum adverſus eorum cogitationes, qui conſiliis ſupremum judicium anticipare contendunt, et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio depoſcat: quod donatum eſt, pro ratione quartae ad inſtar inofficioſi teſtamenti convicti diminuitur. Intervertendae quaeſtionis inofficioſi, zielt auf die querelam inofficioſi teſtamenti. Dieſe ſucht derjenige zu vereiteln, welcher durch Schenkung unter Lebendigen den Pflichttheil kränkt, da er es im Teſtament nicht thun durfte. Eben dies ſagen die Worte: qui conſiliis ſupremum judicium anticipare contendunt. Wer Cautelen (conſilia) gebraucht, um vor der Zeit ſeines Teſtaments (ſupremum judicium anticipare) den Pflichttheil zu umgehen, damit die Verlezten gegen das Teſtament nicht klagen können. (actiones filiorum exhauriunt.) Die Vernunft will, daß man in ſolchen Fall eine Beſchwerde geſtatte. (aditum querelae ratio depoſcit.) Ad inſtar inofficioſi teſtamenti convicti, wie bey Teſtamenten, welche man der Inofficioſität überweiſen kann. Daß A. Faber hier 4 Erben oder Kinder annehme,

me, welche den Nachlaß erhalten ſollen, und die quarta, ſo hier vorkommt, von dem vierten Theile des ganzen Vermögens erkläre, ſo einem der Kinder ab inteſtato gebühre, iſt ſchon oben erwähnt. Es fehlt aber am Beweiſe; in deſſen Ermangelung iſt die Stelle von der quarta legitima zu erklären, und beweiſt, daß inoff. donationes nie ganz ungültig ſind, ſondern nur, ſo weit ſie den Pflichttheil verletzen.

§. 423. Wenn auch der Erblaſſer ohne Teſtament und ohne allen lezten Willen verſtirbt; ſo können die ſo im Pflichttheil durch Schenkungen verlezt ſind, ſich dagegen melden. L. 3. C. de inoff. don. Precibus quidem tuis propoſita reſcripta eos parentes denotant, qui, cum teſtamento facto vivi patrimonium ſuum immenſis donationibus exinaniſſent, inane nomen heredum liberis reliquerunt: ſed ad inteſtatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur. Man ſieht aus dieſer Stelle, daß die querela inofficioſae donationis erſt durch neuerliche Reſcripta eingeführt worden. Denn eigentlich konnten nach der Strenge des alten Rechts die Schenkungen unter Lebendigen wegen Verletzungen des Pflichttheils nicht angefochten werden. Der Grundſatz: Viventis non datur legitima iſt bekannt. Aber unbillig war es, daß man das durch ſolche Schenkungen zu erhalten ſuchte, was durch einen lezten Willen zu thun verboten war. Daher vermochte die Billigkeit die Kayſere eine querelam inofficioſae donationis einzuführen, und da ſie anfänglich nur den Fall der Teſtaments-Succeßion betraf, ſie auf die Inteſtaterbfolge hernach zu erweitern. Zuerſt hat ſie Alexander Sever. eingeführt. L. Titia §. Imperator. de Leg. 2.

§. 424. Die Erfüllung des Pflichttheils muß auch in dem Falle geſchehen, wenn erſt durch Umwege die nach-

nachtheilige Schenkung an den Donatorius gekommen iſt. L. 8. §. 1. C. de inoff. don. Nam quod vxor a marito in ſe matrimonii tempore donationis cauſa collatum, emancipato filio communi, conſentiente domino, donavit: velut ex bonis patris (de cujus ſubſtantia prohibente matrimonio non potuit exire) datum accipi, rationis eſt. In cujus bonis ſi idem conſilium et eventus comprehendatur, lex, quam de patrimonio matris ediximus, obſervabitur. Der Mann hatte der Frau groſſe Güter geſchenkt. Dieſe hatte ſolche wieder einem emancipirten Sohne überlaſſen. Ihr Mann, dem ſie noch gehörten, weil Schenkungen unter Ehegatten nicht gültig ſind, hatte darein gewilligt (conſentiente domino.) Es war nun anzuſehen, als wenn der Vater dem Sohne die Güter geſchenkt hätte. Wenn daher die Abſicht geweſen, die andern Kinder dadurch zu verletzen, und ſolche Verletzung auch beym Abſterben des Vaters erfolgt war; ſo hatte querela inofficioſae donationis ſtatt. Dieſe Stelle lehrt zugleich, daß es auf den Zuſtand der Güter beym Abſterben ankommt. Sollte zur Zeit der Schenkung eine Verletzung der andern Kinder ſich finden, dieſe aber wegen einer in der Folge entſtandenen ſtarken Vermehrung aufgehört haben; ſo fällt die Beſchwerde weg. Wäre der Fall umgekehrt; zur Zeit der Schenkung wäre keine Verletzung vorhanden geweſen, ſie hätte ſich aber wegen der in der Folge geſchehenen Verminderung des elterlichen Vermögens erſt hernach ereignet: ſo würde auch die Querel wegfallen, weil die Abſicht einer Verletzung nicht vorhanden geweſen.

§. 425. So wie gegen Schenkungen die Beſchwerde der Inofficioſität gebraucht wird; ſo hat ſie auch gegen die für andere Kinder zu nachtheilige Dotation einer Tochter ſtatt. L. 10. C. de inoff. dot. Cum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhauſta, leges legibus concor-

concordare promptum eſt: vt ad exemplum inofficioſi teſtamenti adverſus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur. Leges legibus concordare promtum eſt, heiſt, ſo iſt nöthig, daß in Anſehung der Dotation die Geſetze eben das verordnen, was ſie bey ähnlichen Fällen, den Schenkungen, ſchon eingeführt haben. Dieſe Stelle iſt L. 1. C. Th. de inoff. dot., worin aber Tribonian Abänderungen gemacht, indem es hier heiſt: Cum omnis hereditas dote dicatur exhauſta, concordare legibus promptum eſt, vt ad exemplum inofficioſi teſtamenti, adverſus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur. Hier heiſt: concordare legibus promptum eſt ſo viel, als: facile intelligitur, convenire legibus. Vielleicht ſoll es im Cod. Iuſt. eben ſo heiſſen, da alte Mscta dieſe Leſeart haben.

§. 226. Wenn auch eine Frau ihrem zweyten Ehemanne ihr Vermögen dergeſtalt zum Heyrathsgute eingegeben hatte, daß es ihm auf ihren Sterbefall verbleiben ſollte, ſo konnten die Kinder der erſten Ehe nach einer Verordnung eben dieſes Kayſers, Conſtantins, bey ihrem Abſterben, die Inofficioſitätsbeſchwerde gebrauchen. L. 2. C. Th. de inoff. dot. Dote ab vxore marito data, filios ex priore matrimonio, ſi neque vltra dodrantem, neque in fraudem legis Papiae conſtituatur, de hac repetenda nullam conſtat habere actionem. Die Kinder erſter Ehe haben nach dieſer Conſtitution eine Klage, ſi vltra dodrantem dos conſtituatur, ſo daß ſie den vierten Theil oder den Pflichttheil nicht übrig haben. Nicht weniger können ſie klagen, ſi in fraudem legis Papiae conſtituatur. Der lex Papia verordnete, daß ein Ehegatte, der mit dem andern keine gemeinſchaftliche Kinder hatte, nicht das ganze Vermögen

gen erhalten könne. Als Ehegatte konnte er nur den zehnten Theil erhalten. Wenn er Kinder erſter Ehe hatte, konnte er deshalb noch einen Zehntheil, und, wenn gemeinſchaftliche Kinder vorhanden geweſen, die aber nach dem neunten Tage wieder geſtorben, derentwegen ebenfalls noch einen Zehntheil bekommen. Wenn nun die Frau, ohne lebende gemeinſchaftliche Kinder zu haben, dem zweyten Manne alles Vermögen, um es bey ihrem Abſterben zu behalten, zum Heyrathsgute gegeben hatte, ſo konnten die Kinder erſter Ehe auch deshalb die Schenkung anfechten, und das, was über die Summe des L. Papiae der Stiefvater bekommen, abfordern. Im Cod. Iuſt. iſt dieſe Conſtitution weggelaſſen, weil Iuſtinian den L. Pap. aufgehoben, der andere Punkt aber ſich durch den L. 6. C. de ſec. nupt. geändert.

§. 427. Wenn auch bey Leben des Vaters der Sohn ſich aller Anfechtung gegen ſeinen lezten Willen, und ſeine Verfügungen, wegen des verlezten Pflichttheils durch einen Vertrag mit demſelben ſich begab; ſo war dergleichen Verabredung nicht gültig, ſondern dem Renuncianten blieben ſeine Anſprüche unbenommen, als wenn er ſich derſelben nicht begeben hätte. L. 35. §. 1. C. de inoff. teſt. Illud etiam ſancimus, vt ſi quis a patre certas res vel pecunias accepiſſet, et pactus fuiſſet, quatenus, de inofficioſo querela adverſus teſtamentum paternum minime ab eo moveretur, et poſt obitum patris filius, cognito paterno teſtamento, non agnoverit ejus judicium, ſed oppugnandum putaverit: veteri jurgio exploſo, hujusmodi pàcto filium minime gravari, ſecundum Papiniani reſponſum, in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obſequia provocandos, quam pactionibus adſtringendos. Sed hoc ita admittimus, niſi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertiſſime judicium patris agnoverit.

Paul

Paul Sent. L. 4. tit. 5. §. 8. Pactio talis, ne de inofficioſo teſtamento dicatur, querelam ſuper judicio futuram non excludit. Meritis enim liberos, quam pactionibus adſtringi placuit. Transactiones ad heredes paternos iſt ſo viel als transactiones cum heredibus paternis.

Viertes Membrum.

Rechte der Einſetzung, Enterbung und Uebergehung der Pflichttheilsberechtigten.

Erſter Theil.

Aeltere Verfaſſung.

Erſte Abtheilung.

In Anſehung der Kinder unter våterlicher Gewalt.

§. 428. Begriff der Einſetzung, Enterbung und Uebergehung. §. 429. Ehemalige Verſchiedenheit bey Deſcendenten. §. 430. Filii ſui konnten nicht gültig übergangen werden. §. 431. Man muſte ſie namentlich enterben. §. 432. Die, ſo im Kriege dienten, konnte man ehemals gar nicht enterben. §. 433. Gegen namentliche Enterbung hatte die Inofficioſitätsklage ſtatt, wenn nicht auch Gründe gegen dieſe ſich fanden. §. 434. Wiefern der Pflichttheil titulo legati verlaſſen und dabey der Sohn als Erbe übergangen werden können. §. 435. Fall, wo, wenn weniger als der Pflichttheil dem Enterbten gegeben worden, die Erfüllungsklage gebraucht wurde. §. 436. Noch ein Fall. §. 437. Enterbung der Söhne muſte uneingeſchränkt ſeyn. §. 438. Annehmung des Verlaſſenen ſchloß die Beſchwerde und Erfüllungsklage aus. §. 439. Die Enterbung hatte keine beſtimmten Urſachen, und ihre Erwähnung im Teſtamente war nicht erforderlich. §. 440. Fernere Erfoderniſſe der Enter-

Enterbung. §. 441. Grund der Einſchränkungen der Väter in Anſehung der Söhne. §. 242. Ein Sohn in der Kriegsgefangenſchaft war nicht zu rechnen. §. 443. Uebergehung des Sohns machte Cauſam inteſtati. §. 444. Ernennung der Töchter und Enkel unter Caſualbedingung machte das Teſtament nicht ungültig. §. 445. Ihre Enterbung war inter caeteros zuläſſig. §. 446. Würkung ihrer Uebergehung. §. 447. Portionen der Töchter und Enkel bey ihrem jure accreſcendi. §. 448. In Anſehung der Enkel iſt der Teſtirer nur eingeſchränkt, wenn der Sohn ſchon todt iſt. (§. 521.) §. 449. Von adoptirten Kindern.

§. 428.

Bey denen, welchen der Pflichttheil gebührt, muß man unterſcheiden, was in Anſehung der Inſtitution, Exheredation und Präterition Rechtens ſey. v. d. Poll de Exheredat. et praeterit. v. Altena de fat. exhered. ap. Rom. Stadel de exheredat. Baſtineller de exhered. quat. jure civili interdicta. Bauer de e. q. i. e. c. formam exheredat. Krul de ſolenni exheredat. et juſta Hofacker de exheredat. et praeterit. v. d. Burch de exheredat. liberor. Felz, Tenzel, de Exheredat. Agricola ad tit. I. de exhered. lib. Ab Edlenbach de lib. parent. et fratr. hered. inſtit. vel exhered. Wahl de juſta lib. hered. inſtit. forma. Einſetzung iſt ausdrückliche Erklärung, daß ſie Erben ſeyn ſollen, Enterbung iſt ausdrückliche Erklärung, daß ſie nicht Erben ſeyn ſollen, Uebergehung iſt die Teſtamentsverordnung, welche in Anſehung ihrer weder Inſtitution, noch Exheredation iſt.

§. 429. Diejenigen, welchen der Pflichttheil gehört, ſind zuerſt Kinder. Alſo iſt von deren Ernennung, Enterbung oder Uebergehung zunächſt zu reden. v. d. Burch de Exhered. liberor. Rave de praeterit. ſui hered. Rivinus de praeterit. liberor. Bey den Kindern iſt

iſt ehemals ein Unterſchied geweſen, ob der Vater oder die Mutter, väterliche männliche Aſcendenten, oder mütterliche, oder väterliche weibliche Aſcendenten das Teſtament machten. Wenn der Vater oder väterliche männliche Aſcendenten das Teſtament errichteten, ſo war zwiſchen Söhnen und Töchtern, Kindern des erſten und der folgenden Grade, ein Unterſchied. Ingleichen war darauf zu ſehen, ob die Deſcendenten noch unter väterlicher Gewalt des Aſcendenten ſtanden, oder ob ſie emancipirt waren. Nicht weniger war zwiſchen ſchon gebohrnen Kindern, und ſolchen, welche noch erſt gebohren werden würden, eine Verſchiedenheit.

§. 430. Die unter väterlicher Gewalt ſtehenden Söhne konnten, ſeitdem Pflichttheile eingeführt worden, ohne Ungültigkeit des Teſtaments nicht übergangen werden. L. 30. de lib. et poſtum. Inter caetera, quae ad ordinanda teſtamenta neceſſario deſiderantur, principale jus eſt de liberis heredibus inſtituendis, vel exheredandis, ne praeteritis iſtis rumpatur teſtamentum. Namque filio, qui in poteſtate eſt, praeterito, inutile eſt teſtamentum. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 16. Ex ſuis heredibus filius quidem neque heres inſtitutus, neque nominatim exheredatus, non patitur valere teſtamentum. Caji Inſt. L. 2. tit. 3. pr. Is, qui filium in poteſtate habet, curam agere debet, vt teſtamentum faciens maſculum filium aut nominatim heredem inſtituat, aut nominatim exheredet. Nam ſi maſculum filium in teſtamento praeterierit, non valebit teſtamentum.

§. 431. Wenn dieſelben enterbt wurden, ſo muſte die Enterbung namentlich, d. i. ſpeciell und individuell, nicht inter caeteros, d. i. in allgemeinem Begriff unter mehrern Perſonen, geſchehen. Wenn in dieſer Maaſſe

die Enterbung geſchahe, ſo war ſie nach Strenge der Rechte gültig.

§. 432. Auguſtus hatte hier einen Unterſchied zwiſchen Söhnen, welche Kriegsdienſte thun, und andern, gemacht. Jene konnten gar nicht enterbt werden, wohl aber dieſe. Der Unterſchied iſt aber in der Folge wieder aufgehoben worden. L. 26. de lib. et poſtum. Filiusfamilias, ſi militet, vt paganus, nominatim a patre aut heres ſcribi, aut exheredari debet: jam ſublato edicto divi Auguſti, quo cautum fuerat, ne pater filium militem exheredet.

§. 433. Wofern jedoch ohne wichtige Urſachen der Vater den Sohn durch Enterbung von der Erbſchaft ausgeſchloſſen hatte, ſo konnte die Inofficioſitätsklage erhoben werden, es ſey denn, daß dem Enterbten ſo viel im Vermächtnis oder ſonſt verlaſſen worden, daß der Pflichttheil herauskam. In dieſem Falle, oder wenn hinlängliche Enterbungsurſachen vorhanden waren, konnte gegen das Teſtament gar nichts geſagt werden. Das iſt es, was ſchon in obigen Geſetzen vorgekommen, daß nemlich ehemals der Pflichttheil auch im Vermächtnis, und ſonſt den Söhnen verlaſſen werden können. Auch denn fiel alle Beſchwerde weg, wenn ſo viel, als der Pflichttheil betrug, durch eine Schenkung von Todeswegen den Kindern gegeben war. L. 8. §. 6. de inoff. teſt. Si quis mortis cauſa filio donaverit quartam partem ejus, quod ad eum eſſet perventurum, ſi inteſtatus paterfamilias deceſſiſſet, puto ſecure eum teſtari. Secure eum teſtari hieß: er könne getroſt den Sohn enterben, ohne die Inofficioſitätsklage zu befürchten.

§. 434. Es haben dies manche ſo verſtanden, als ob, wenn ſo viel dem Sohne legiret worden, daß der

Pflicht-

Pflichttheil herausgekommen, weiter keine Einſetzung oder Enterbung deſſelben nöthig geweſen. Das iſt aber ganz falſch, und wäre wider den Grundſatz, daß die Uebergehung eines filii ſui allemal eine Nichtigkeit gemacht.

§. 435. War nicht ſo viel durch Einſetzung, oder, bey der Enterbung, durch Vermächtnis oder ſonſt dem Sohne verlaſſen, daß der Pflichttheil beyſammen war, ſo kam es darauf an, ob der Vater dabey angemerkt, daß der ſich etwa findende Abgang am Pflichttheil erfüllt werden ſolle, oder nicht. In jenem Falle muſte auf Erfüllung geklagt werden, in dieſem hätte die Inofficioſitätsklage ſtatt. Von jenem Falle redet L. 4. C. Th. de inoff. teſtam. Cum ſcribit moriens: Vt arbitratu boni viri, ſi quid minus filiis ſit relictum, quam modus quartae (quae per ſucceſſionem bonis tantum liberis debetur) efflagitat, id ipſum ab herede eidem in pecunia compleatur, manifeſtum eſt, nullam jam prorſus, nec ſuper teſtamento, nec ſuper donationibus, querelam remanere; praeſertim cum vniverſa eadem repellat et reprimat, quae ad pecuniam rediit taxatio juſta. Dies iſt eine Verordnung des Kayſers Conſtantius vom Jahr 361. Cum vniverſa etc. heiſt: da alle dieſe Beſchwerden dadurch wegfallen, daß der Nachlaß gewürdert, und darnach der Mangel am Pflichttheil gefunden und erfüllt wird.

§. 436. Aber auch auſſer dieſem Falle war noch ein anderer, wo blos die Erfüllungsklage gebraucht wurde, wenn nemlich die ernannten Erben des verkürzten Kindes Geſchwiſter waren. Paul Rec. Sent L. 4. tit. 5. §. 7. Filius in judicio patris, ſi minus quarta portione conſecutus ſit, vt quarta ſibi a coheredibus fratribus circa inofficioſi querelam impleatur, jure deſiderat.

§. 437. Auſſerdem ſcheint ein Erfordernis geweſen zu ſeyn, daß die Enterbung allgemein, ohne Einſchränkung auf gewiſſe Sachen oder einen Theil der Güter geſchehen müſſen. Die Ernennung des Sohns zum Erben konnte mit ſolcher Einſchränkung geſchehen, aber die Enterbung litte dergleichen nicht. Dies, deucht mir, giebt L. 19. de lib. et poſt. deutlich an. Cum quidam filiam ex aſſe heredem ſcripſiſſet, filioque quem in poteſtate habebat, decem legaſſet, adjecit: et in caetera parte exheres mihi erit, et quaereretur, an recte exheredatus videretur: Scaevola reſpondit: non videtur. Et in diſputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres eſſe juſſus, recte exheredaretur. Aliamque cauſam eſſe inſtitutionis, quae benigne acciperetur: exheredationes autem non eſſent adjuvandae.

§. 438. Wofern der Sohn das Wenige, ſo ihm zugetheilt worden, ohne Vorbehalt angenommen hatte; ſo konnte er das Teſtament nicht weiter anfechten.

§. 439. Die Enterbungen hatten keine beſtimmten Urſachen, ſondern waren dem Ermeſſen und Gefühl des Richters überlaſſen. Am wenigſten brauchten ſie im Teſtamente ausgedruckt zu ſeyn. Dies mochte alſo geſchehen ſeyn, oder nicht, ſo war die Würkung immer dieſelbe.

§. 440. Sie muſte aber ſchon ehemals unbedingt, mit bloſſer Nachlaſſung der conditionis poteſtativae, von der ganzen Erbſchaft, nicht von gewiſſen Sachen, und von allen Graden der Erbeinſetzung, geſchehen.

§. 441. Die Urſach der Einſchränkung der väterlichen Verfügung bey den liberis ſuis lag darin, daß man annahm, ſie seyn ſchon bey des Vaters Leben von deſſen

Vermö-

Vermögen Miteigenthümer. L. 11. de lib. et poſt. In ſuis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, vt nulla videatur hereditas fuiſſe, quaſi olim hi domini eſſent, qui etiam vivo patre quodammodo domini exiſtimantur. Vnde etiam filiusfamilias appellatur, ſicut paterfamilias: ſola nota hac adjecta, per quam diſtinguitur genitor ab eo, qui genitus ſit. Itaque poſt mortem patris non hereditatem percipere videntur: ſed magis liberam bonorum adminiſtrationem conſequuntur. Hac ex cauſa, licet non ſint heredes inſtituti, domini ſunt. Nec obſtat, quod licet eos exheredare: quod et occidere licebat.

§. 442. Nur muſte der Sohn, wenn in Anſehung ſeiner der Vater eingeſchränkt ſeyn ſollte, ſich nicht in der Kriegsgefangenſchaft befinden. Denn ſonſt war er als nicht vorhanden anzuſehen, und ſtarb er hernach darin, ſo war es, als wenn er ſchon vor dem Teſtamente geſtorben wäre. L. 31. de lib. et poſt. Dum apud hoſtes eſt filius, pater jure fecit teſtamentum, et recte eum praeteriit. Cum, ſi in poteſtate eſſet filius, nihil valiturum eſſet teſtamentum.

§. 443. Weil die Uebergehung des Sohns unter väterlicher Gewalt eine Ungültigkeit des Teſtaments machte, ſo war es nun, als wenn der Vater ohne Teſtament verſtorben wäre. L. 32. de lib. et poſt. Si, filio emancipato exheredato, is, qui in poteſtate eſt, praeteritus ſit: ipſe quidem emancipatus, ſi contra tabulas petat: nihil agit: ab inteſtato autem et ſuus et emancipatus venient. Die bonorum poſſeſſio contra tabulas kam einem Emancipirten, ſo enterbt worden, nicht zu, ſondern nur dem, der übergangen war. Alſo konnte auch im Fall dieſes Geſetzes von ſolcher bonorum poſſeſſione kein Gebrauch gemacht werden. Da aber cauſa inteſtati ent-

ſtand, wenn der Suus die Ungültigkeit urgirte, ſo hatte der Emancipirte bonorum poſſeſſionem vnde liberi, und der Sohn, der unter der väterlichen Gewalt geſtanden, erbte ſchon nach bürgerlichen Inteſtatrechten.

§. 444. Der Töchter, ſo unter väterlicher Gewalt ſtunden, Ernennung, hatte gegen die Söhne nichts beſonderes, auſſer, daß ſie und die Enkel auch unter einer Caſualbedingung, ohne auf den Fall, daß ſolche nicht erfüllt würde, enterbt zu ſeyn ernannt werden konnten. L. Suus L. 1. §. Sciendum de Suis et legit. hered. L. 6. §. 1. de hered. inſtit. Nepotes autem et deinceps caeteri, qui ex lege Velleja inſtituti, non rumpunt teſtamenta, ſub omni conditione inſtitui poſſunt etſi redigantur ad filii conditionem. Bey Enkeln, welche nach der Formel des Vellejiſchen Geſetzes ernannt worden, braucht die Ernennung nicht pura zu ſeyn, ſie kann auch bedingt geſchehen. Die Enkel unter der Vellejiſchen Formel waren aber keine andern Enkel, als die übrigen. Es iſt alſo das Geſetz von Enkeln allgemein wahr. Schon unter der Vellejaniſchen und ähnlichen Formeln Enkel ernennen, hieß, ſie bedingt einſetzen. Alſo muß es erlaubt ſeyn, Enkel mit Bedingung zu Erben zu machen. Calder. bey Meerm. Theſ. Tom. 3. q. 596. verſteht unſere Stelle von Enkeln, deren Eltern ſchon todt, von ſolchen aber, deren Eltern noch leben, erklärt er L. 24. de lib. et poſt. Aber leztere Stelle redet von poſtumis, unſere hingegen von Enkeln, die keine poſtumi.

§. 445. Ihre Enterbung war darin von der der Söhne unterſchieden, daß ſie inter caeteros geſchehen konnte. Vlp. Tit. 22. §. 20. Filius, qui in poteſtate eſt, ſi non inſtituatur, nominatim exheredari debet: reliqui ſui heredes vtriusque ſexus, aut nominatim aut inter

inter caeteros. Im übrigen war eben das davon zu ſagen, was bey den Söhnen erwähnt worden.

§. 446. Die Uebergehung der Töchter machte keine Nichtigkeit des Teſtaments, ſondern, wenn ſolche geſchehen war, ſo erbten die Töchter neben den ernannten Erben, als wenn ſie auch im Teſtament geſtanden hätten. Wenn Kinder unter väterlicher Gewalt im Teſtamente ſtanden, ſo erbten ſie, neben dieſen, Kopftheil; wenn es andre waren, die Hälfte. pr. I. de Exhered. lib. Non tamen, vt omnino valeat teſtamentum, ſufficit haec obſervatio, quam ſupra expoſuimus: ſed qui filium in poteſtate habet, curare debet, vt eum heredem inſtituat, vel exheredem eum nominatim faciat. Alioqui ſi eum ſilentio praeterierit inutiliter teſtabitur: adeo quidem, vt ſi vivo patre filius mortuus ſit, nemo heres ex eo teſtamento exiſtere poſſit: quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum. Sed non ita de filiabus et aliis per virilem ſexum deſcendentibus liberis vtriusque ſexus antiquitati fuerat obſervatum: ſed ſi non fuerant ſcripti heredes ſcriptaeve, vel exheredati exheredataeve, teſtamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accreſcendi eis ad certam portionem praeſtabatur. Sed nec nominatim eas perſonas exheredare parentibus neceſſe erat, ſed licebat inter caeteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, ſive ita exheredetur: *Titius filius meus exheres eſto:* ſive ita: *Filius meus exheres eſto*, non adjecto proprio nomine, ſcilicet ſi alius filius non exſtet. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 14. Sui heredes inſtituendi ſunt, vel exheredandi. Sui autem heredes ſunt liberi, quos in poteſtate habemus, tam naturales, quam adoptivi: item vxor, quae in manu eſt, et nurus, quae in manu eſt filii, quem in poteſtate habemus. §. 17. Reliquae vero perſonae liberorum, velut filia, nepos, neptis, ſi

praeteritae ſint, valet teſtamentum. Scriptis heredibus accreſcunt, ſuis quidem heredibus in partem virilem: extraneis in partem dimidiam. Caji Inſt. L. 2. tit. 3. §. 1. Si vero filiam praeterierit, non rumpit teſtamentum filia praetermiſſa: ſed inter fratres ſuos, legitimo ſtante teſtamento, ſuam, ſicut alii fratres conſequitur portionem; ſi vero teſtamento extranei heredes ſcripti fuerint, ſtante teſtamento, filio medietatem hereditatis acquirit. Nam ſi facto teſtamento, in quo filius maſculus praetermiſſus eſt, evenerit, vt vivente adhuc patre, filius, qui praetermiſſus eſt, moriatur, ſic quoque quamlibet filius ille mortuus fuerit, teſtamentum, quod factum eſt, non valebit. Papian Lib. reſponſor. tit. 44. Teſtamentis vero civium Romanorum ſi filius praeteritus fuerit, rumpuntur; ſi vero filia, aut nepos, non rumpuntur, ſed extraneis in dimidiam partem, ſuis heredibus in aequalem accreſunt. Teſtamenta quibus filiis aut nepotibus Falcidia non dimittitur, nullo jure ſubſiſtunt.

§. 447. Wenn im Teſtament liberi ſui und andere Erben zugleich ernannt, und Töchter darin übergangen waren, ſo erhielten ſie, nach Verſchiedenheit der Fälle, bald dieſe, bald jene Portion. Paul Sent. L. 3. tit. 4. B. § 8. Filio et extraneo aequis partibus heredibus inſtitutis, ſi praeterita accreſcat, tantum ſuo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo ſint filii inſtituti, ſuis tertiam, extraneis dimidiam tollit.

§. 448. Eben dies galt von Enkeln, die unter des Teſtirers Gewalt ſtanden, ſie mochten männlichen oder weiblichen Geſchlechts ſeyn. Richerz Quaeſt. c. teſtam. avi matern. nepot. ex defunct. filia ſuperſt. eorumd. patr. inſtituent. Dies lehren ſchon die vorigen Stellen. Nur muß bey Enkeln, wenn in Anſehung ihrer der Groß-

vater

vater eingeſchränkt ſeyn ſoll, der Sohn, ihr Vater, ſchon geſtorben ſeyn, oder noch bey Leben des Teſtirers ſterben, ſo daß ſie denn an deſſen Stelle treten. Lebt der Sohn noch, überlebt auch den Teſtirer, ſo iſt in dieſem Fall der Enkel, wie ein heres extraneus anzuſehen, der nach Belieben übergangen wird. L. 9. §. 2. de lib. et poſt. Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem inſtituero, et ſupervixerit filius poſt mortem meam, licet ante aditam hereditatem deceſſerit: non tamen nepotem rupturum teſtamentum Iulianus et Pomponius et Marcellus ajunt. Diverſumque eſt, ſi in hoſtium poteſtate filius ſit, et deceſſerit in eodem ſtatu. Rumpit enim his caſibus nepos teſtamentum: quod, moriente avo, filii jus pependerit, non abſciſſum, (vt ſuperiore caſu,) fuerit. Sed ſi heres inſtitutus omiſerit hereditatem, erit legitimus heres, quoniam haec verba: ſi inteſtato moritur, ad id tempus referuntur, quod teſtamentum deſtitutum non quod moritur. Die Worte: Si inteſtato moritur, ſind aus den 12 Tafeln genommen, und wird mit den Worten: quoniam haec verba etc. der Einwurf beantwortet, den man aus den 12 Tafeln machen möchte. Der Juriſt antwortet, alsdenn ſterbe erſt der Erbe ab inteſtato, da das Teſtament deſtitutum wird, nicht alsdenn, wenn er aus der Welt geht, aber noch das Teſtament in ſuſpenſo iſt. Alſo ſey der Enkel nach den 12 Tafeln der nächſte Erbe. A. Faber Conjećt. L. 10. c. 12. findet den Grund, quod moriente avo filii jus pependerit, non abſciſſum vt ſuperiore caſu widerſinnig. Die Enterbung entreißt nicht das jus filii ſui. Bey der Kriegsgefangenſchaft ſteht des Sohns Recht nicht in ſuſpenſo, ſondern des Enkels. Es komme alſo hier auf den Enkel an. Deſſen Recht war durch den enterbten Sohn, der den Vater überlebte, abgeriſſen. Bey des Sohns Gefangenſchaft aber war deſſen Recht nicht abgeriſſen, weil

es auf den Ausgang ankam, und wenn der Sohn in der Gefangenſchaft ſtarb, bey Kräften blieb. Daher muß nepotis, oder beſſer: illius jus pependerit, geleſen werden. So habe auch vermuthlich der Text von Anfange gelautet, und nur die Abſchreiber hätten aus: illius jus, hernach filii jus gemacht, wozu die alte Schreibart, bey einerley Sylbenwiederholung, Gelegenheit gegeben. Inzwiſchen läßt ſich die Stelle auch nach der Leſeart, wie ſie iſt, erklären, und hat einen leidlichen Verſtand.

§. 449. Daß angenommene Kinder gleiche Rechte mit den leiblichen Kindern hatten, lehrt ſchon Vlp. in der bereits angeführten Stelle Tit. 22. §. 14.

Zweyte Abtheilung.

Beſonders in Anſehung der Poſtumorum.

Erſter Abſatz.

Von Poſtumis überhaupt.

§. 450. Von Poſtumis und deren eigentlichen Begriff überhaupt. §. 451. Von deren Inſtitution, Enterbung und Uebergehung. §. 452. Von Kindern, die bey Leben des Teſtirers nach dem Teſtamente gebohren werden, oder als wenn ſie gebohren worden, anzuſehen ſind. §. 453. Von Einſetzung eines Kindes, ſo erſt nach dem Teſtamente unter des Teſtirers Gewalt kommt. §. 454. Von Uebergehung eines nachher adoptirten Kindes. §. 455. Von Einſetzung eines ſolchen. §. 456. Von Einſetzung eines an Enkelsſtatt adoptirten. §. 457. Wie Poſtumi ſicher zu ernennen. §. 458. Fortſetzung. §. 459. Cautel, keine gewiſſe Ehe zu erwähnen. §. 460. Ernennung des Poſtumi auf einen Theil der Erbſchaft. §. 461. Enterbung der poſtumorum. §. 462. Uebergehung und bedingte Einſetzung

ſetzung war ungültig. §. 463. Beſondere Würkung der Uebergehung eines poſtumi in Anſehung des ſchon gebohrnen Miterben. §. 464. Bey der Enterbung inter caeteros muſte ein Legat ſeyn. §. 465. Vorrechte der Poſtumorum vor ſchon Gebohrnen. (524.) §. 466. Wie ein Poſtumus namentlich enterbt werde. §. 467. Fall, da blos bey der Subſtitution ſich eine Uebergehung des Poſtumi fand. §. 468. Wo bey der Inſtitution, nicht bey der Subſtitution. §. 469. Unterſchied in dieſem Falle zwiſchen Poſtumis und ſchon Gebohrnen. §. 470. Iſt die Uebergehung bey der Subſtitution, ſo gilt dieſe nicht, wenn auch der Poſtumus während des Beſinnens des Inſtituti wieder ſtirbt. §. 471. Wenn jeder von 2 Erben einen Subſtituten hat, bey der Subſtitution aber ſich die Uebergehung findet, und einer der Inſtitutorum vor dem Erblaſſer ſtirbt; ſo iſt das ganze Teſtament ungültig. §. 472. Anders iſt es, wenn ſubſtitutio reciproca geſchehen, oder zweyen zuſammen ein Dritter ſubſtituirt iſt. §. 473. Im Fall des §. 471. darf keiner der Erben die Erbſchaft allein antreten. §. 474. Der Grad, wobey die Einſetzung und Enterbung geſchehen, iſt gültig, wenn er ſonſt keinen Mangel hat. §. 475. Man kann und muß wegen der Poſtumorum in künftiger Ehe ſchon Verordnungen machen. §. 476. Ein Impotens kann ſeine poſtumos ernennen. §. 477. Ingleichen ein ſolcher, der jezt an Erzeugung gehindert wird. §. 478. Ferner ein Hermaphrodit von überwiegendem männlichem Geſchlechte. §. 479. Einen Poſtumum von einer Frau, die jetzt einen andern Mann hatte, durfte man nicht ernennen. §. 480. Wohl aber einen poſtumum von einem ledigen Frauenzimmer. §. 481. Ernennung eines poſtumi von einer Perſon, die man nicht heyrathen darf. §. 482. Ernennung eines poſtumi von einer Perſon, die man zwar nicht jetzt, doch künftig heyrathen kann, iſt gültig. §. 483. Beſonders von einer adoptirten Schweſter. §. 484. Von poſtumis nepotibus durch weibliche Verwandſchaft.

§. 450.

Bey den noch nicht gebohrnen Kindern war wieder etwas anders eingeführt, als bey ſchon gebohrnen. Die-

jeni-

jenigen Kinder, welche nach des Teſtirers Tode erſt gebohren wurden, hieſſen Poſtumi. Doering de jurib. quae naſcitur. et poſtum. intuitu ſucceſſ. compet. Diejenigen Kinder, welche bey Leben des Erblaſſers gebohren wurden, hieſſen nicht poſtumi, hatten auch deren Rechte nicht, ſondern genoſſen die Rechte der Kinder, welche zur Zeit des Teſtaments ſchon vorhanden geweſen. Man ſieht den eigentlichen Begriff eines poſthumi Paul Sent. L. 3. tit. 4b. §. 9. Talis eſt poſtumorum inſtitutio: Si qui poſt mortem meam poſtumi nati fuerint; heredes ſunto. Si vivo eo naſcantur, rumpunt teſtamentum.

§. 451. Man konnte ſie zum voraus einſetzen und enterben. Wenn man ſie übergangen hatte, ſo wurde das Teſtament ungültig, ſo bald ſie zur Welt kamen.

§. 452. Der Geburt eines Kindes nach dem Teſtamente bey Leben des Vaters und Teſtirers war der Fall gleich, da dieſer nach gemachtem Teſtamente über ein Kind erſt die väterliche Gewalt erhielt, welche er zur Zeit des gemachten Teſtaments noch nicht gehabt hatte. Dahin z. E. wenn er ein Kind in der Folge adoptirte, wenn der Soldat über ſein Kind, das noch, wie er ſelbſt unter des Vaters, ſo für ſich unter des Großvaters Gewalt ſtand, in der Folge die väterliche Gewalt dadurch erhielt, daß deſſen Großvater, ſein, des Teſtirers, Vater, ſtarb. In dieſem leztern Falle ſowohl, als in dem erſtern, war unrecht gehandelt, wofern des Kindes auf ſolchen Fall im Teſtamente zum Voraus nicht gedacht, ſondern ſolches übergangen war.

§. 453. Wenn es jedoch erwähnt und eingeſezt war, inzwiſchen nicht in Eigenſchaft eines Kindes, ſondern eines Fremden, da man an den Fall der darüber zu erlangen-

genden Gewalt nicht gedacht hatte; ſo blieb das Teſtament gültig, obgleich in der Folge die nicht erwähnte Veränderung vorging. Genug, daß die Erbeinſetzung des Kindes geſchehen war. L. 28. §. 1. de lib. et poſtum. Filiusfamilias miles de caſtrenſi peculio fecit teſtamentum, habens filium in ejusdem poteſtate. Cum militare deſiiſſet, patre eodemque avo defuncto, quaeſitum eſt, an rumpetur ejus teſtamentum. Non quidem adoptavit, nec hodie ei natus eſt, filius, nec priore ſubducto, de poteſtate ſua herede, vlterior ſucceſſit in proximum locum: ſed tamen in poteſtate ſua habere coepit, quem non habebat, ſimulque paterfamilias factus eſt, et filius ſub ejus recidit poteſtate. Rumpetur ergo teſtamentum. Sed ſi heres ſit inſtitutus vel exheredatus iſte ejus filius: non rumpitur, quia nullo circa eum novo facto, ſed ordine quodam naturali nactus eſt poteſtatem. Der angegebene Grund iſt nicht erheblich. Bey der Adoption eines Fremden würde ein Gleiches zu ſagen ſeyn. In ejusdem poteſtate heiſt: der unter eben derſelben großväterlichen Gewalt ſtand, unter welcher, als väterlichen, er ſich ſelbſt befand. Patre eodemque avo iſt reſpective zu verſtehen. Der Verſtorbene war des Teſtirers Vater, und deſſen Kindes Großvater.

§. 454. Den Kindern, die bey Leben des Teſtirers nach dem Teſtamente gebohren worden, glichen, wie geſagt, auch diejenigen, welche der Teſtirer nach gemachten Teſtamente an Kindes ſtatt aufgenommen hatte. Dieſe angenommenen Söhne veranlaßten ebenfalls, daß eine Ungültigkeit entſtand, wenn auf dieſen Fall nichts verordnet war. Jedoch wurde, wenn ſolches geſchehen ſollte, erfordert, daß die Adoption, als eine würkliche und gültige Adoption, angeſehen werden konnte. L. 23. pr. de lib. et poſt. Filio, quem pater, poſt emancipa-

cipationem a ſe factam, iterum arrogavit, exheredationem antea ſcriptam nocere dixi. Nam in omni fere jure ſic obſervari convenit, vt veri patris adoptivus filius numquam intelligatur, ne imagine naturae veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, ſed redditus videretur. Nec multum puto referre, quod ad propoſitum attinet, quod loco nepotis filium exheredatum pater adrogavit. Der Sohn war zwar enterbt, aber als ein emancipirter. Als Adoptirter war er übergangen. Das Teſtament wäre daher würklich ungültig geworden, wenn die Adoption für eine wahre vollſtändige Adoption zu halten geweſen wäre. Weil aber ſeinen eigenen Sohn zu adoptiren, es mochte an Sohns oder Enkels ſtatt geſchehen, eigentlich eine überflüſſige Sache war; ſo behandelte man den Fall, als wenn ſich keine Veränderung in Anſehung des Teſtaments zugetragen hätte.

§. 455. Wofern in dieſem Falle der Adoptirte ſchon vorher, als ein Fremder im Teſtamente ſtand, ſo blieb dieſe Erbeinſetzung gültig, ob er gleich hernach ein filius ſuus durch die Adoption geworden war. L. 18. de inj. rupt. irrit. teſt. Si, qui heres inſtitutus eſt, a teſtatore arrogetur, poteſt dici ſatis ei factum: quia et antequam adoptetur, inſtitutio, vt in extraneo, locum habebit. Er iſt als ein nach dem Teſtament gebohrnes Kind anzuſehen, welches ernannt oder enterbt ſeyn muſte. Ernannt iſt er. Alſo iſt nichts einzuwenden.

§. 456. Weil, wenn das Kind in dieſem Falle zu Erben ernannt war, keine ruptio ſich gedenken ließ, ſo fiel ſolche auch alsdenn weg, wenn das Kind zwar nicht als ein ſolches, jedoch als ein extraneus zu Erben ernannt worden, es hernach durch Adoption zu einem nepote ſuo wurde, denn aber der, ſo nur Vaters Stelle

bey

bey ihm vertrat, vor dem Erblaſſer als Großvater des nepotis adoptivi verſtarb. L. 23. §. 1. de lib. et poſtum. Si Titius, heres inſtitutus, loco nepotis adoptatur, defuncto poſtea filio, qui pater videbatur, nepotis ſucceſſione non rumpitur teſtamentum ab eo, qui heres invenitur.

§. 457. Bey eigentlichen Poſtumis hatte die Einſetzung nichts beſonders. Ihre anfänglich zwar nicht geſtattete Erbernennung wurde nemlich in der Folge gar bald eingeführt. Die Art, wie ſie ernannt wurden, lehrt Paul Sent. L. 3. tit. 4. B. §. 9. Talis eſt poſtumorum inſtitutio: *Si poſt mortem meam poſtumi nati fuerint, heredes ſunto.* Si vivo eo naſcantur, rumpunt teſtamentum. Man muß, will das Geſetz ſagen, die Kinder nicht blos, wenn ſie nach dem Tode des Teſtirers gebohren werden ſollten, ſondern auch, wenn ſie bey deſſen Leben noch zur Welt kommen möchten, ernennen; damit alle Fälle ausgedrückt ſeyn, und der, welcher ſich ereignet, wirklich im Teſtament ſtehe.

§. 458. Dahin geht auch L. 10. de lib. et poſt. Commodiſſime is, qui nondum natus eſt, ita heres inſtituitur: *Sive vivo me, ſive mortuo natus fuerit, heres eſto:* aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione. Si alteruter caſus omiſſus fuerit: eo caſu, qui omiſſus ſit, natus, rumpit teſtamentum: quia hic filius nec ſub conditione quidem ſcriptus heres intelligitur, qui in hunc caſum naſcitur, qui non eſt teſtamento apprehenſus. Freher. Veriſimil. c. 2. Otto Theſ. Tom. 1. p. 864. will nec ſub conditione quidem ſcriptus exheres geleſen haben. Bynkersh. Obſ. L. 8. c. 22. zweifelt, daß man bey irgend einer Aenderung der Leſart von den Worten: nec ſub conditione etc. einen guten paſſenden Sinn herausbringen werde. Der Gedanke

ke hat auch nichts natürliches. Wer auf den einen Fall nur ernannt iſt, iſt auf den andern ganz übergangen. Es iſt alſo noch weniger geſchehen, als wenn er bedingt ernannt wäre, welches doch ebenfalls ſchon nicht gelten würde.

§. 459. Daher iſt es auch nicht gut bey Benennung der poſtumorum ſich auf eine gewiſſe Ehe einzuſchränken L. 28. §. 2. de lib. et poſt. Si quis ex certa vxore natum ſcribit heredem in periculum rumpendi teſtamentum deducit, ex alia ſuſceptis liberis.

§. 460. Wenn ein Poſtumus zum Erben ernannt wird, ſo iſt er auch in dem Stück den ſchon gebohrnen Kindern gleich, daß er, wenn ihm blos ein Theil der Erbſchaft ohne Miterben verlaſſen wird, er das übrige auch bekomme L. 28. §. 4. de lib. et poſt. Quid autem ſi filium poſt teſtamentum natum ex beſſe, filiam autem poſt teſtamentum natam ex triente ſcripſi heredem, nec ullum coheredem dedit, nec ſubſtituit invicem alium? Vnus natus ſolus ex eo teſtamento fit heres. Invicem heiſt hier nicht, reciproce, ſondern pro ſua cujusque vice wie L. 7. de cond. inſt. Iſt Jemand, nach dem dieſer oder jener ausfällt, ſubſtituirt, ſo accreſcirt dem andern nichts.

§. 461. Wenn ſie enterbt wurden, ſo war es, wie bey den ſchon gebohrnen Kindern. Söhne muſten namentlich enterbt werden, bey Töchtern und Enkeln war die Enterbung inter caeteros gültig. Im übrigen war alles bey dieſer Enterbung zu beobachten, was bey ſchon gebohrnen Kindern vorgeſchrieben war.

§. 462. Waren ſie ſchlechthin übergangen ſo machten ſie durch ihre Geburt dem Teſtament eine Ungültigkeit.

keit. Weil eine bedingte Erbeinſetzung einer Uebergehung gleich geachtet wurde, ſo machte ſie bey poſtumis wie bey gebohrnen Kindern eine Nichtigkeit. Darauf beziehen ſich Lib 22. de lib. et poſt. Cum poſtumus ſub conditione inſtituitur, ſi priusquam naſcatur, conditio exſtiterit: non rumpitur teſtamentum poſtumi agnatione L. 24. eod. poſtuma ſub conditione heres inſtituta, ſi pendente conditione, vivo patre, naſcatur, rumpit teſtamentum. Die Erbeinſetzung des poſtumi bekommt erſt durch deſſen Geburt ihre Würklichkeit. Iſt daher vor der Geburt die Bedingung erfüllt, ſo iſt die Erbeinſetzung zu der Zeit nicht mehr bedingt, da ſie ihre Würklichkeit hat. Iſt aber zu der Zeit die Bedingung noch in ſuſpenſo, ſo iſt eine würklich bedingte Erbeinſetzung vorhanden, die daher nicht gilt. Die Worte: vivo patre, ſo hier überflüſſig, hält A. Faber für unächt. Conject. L. 9. c. 5.

§. 463. Die Uebegehung brachte das Teſtament dergeſtalt ad cauſam inteſtati, daß, wenn ein ſchon gebohrner Sohn neben dem poſtumo vorhanden, und ſolcher zu Erben ernennt war, er aber nach dem Vater verſtarb, noch ehe der poſtumus gebohren wurde, der hernach würklich zur Welt kam, er angeſehen wurde, als wenn er den Vater ab inteſtato vor ſeinem Tode beerbt hätte. Daher er ſein Inteſtat-Erbrecht, ſeinem Erben überließ, die denn neben dem poſtumo den Teſtirer beerbten. L. 15. de lib. et poſt. Si filius heres inſtitutus ſit, omiſſo poſtumo, filioque ſubſtitutus nepos ex eo ſit: ſi interim moriatur filius, poſtumo non nato: nepotem tam patri, quam avo ſuum heredem futurum. Quod ſi nemo filio ſubſtitutus ſit, et ſolus ipſe inſtitutus ſit: tunc, quia eo tempore, quo is moriatur certum eſſe incipit, neminem ex eo teſtamento here-

dem fore, ipſe filius inteſtato patri heres exiſtat. Sicut evenire ſolet, cum ſub ea conditione, quae in ipſius poteſtate erit, filius heres inſtitutus, priusquam ei pareret, moriatur. Der Juriſt will ſagen, wenn der Sohn ohne Subſtitution des Enkels verſtirbt, ſo überläßt er doch durch ſeinen Tod demſelben, als Inteſtat Erbe des Teſtirers, ſein Erbrecht, ſo er neben dem Poſtumo, der hernach gebohren wird, gleich nach des Teſtirers Tode, hatte. Er iſt anzuſehen, als ein ſolcher Sohn der unter einer Poteſtativ Bedingung ernannt iſt, welche er nicht erfüllt hat, und dergeſtalt ſtirbt. Ein ſolcher iſt, wenn er keinen Miterben und Subſtituten hat, nicht Erbe ſeines Vaters, und ſein Sohn tritt ſtatt ſeiner jure ſui ein. L. vlt. de Cond. inſtit. Iſt ihm ſein Kind, als Enkel des Teſtirers, im Fall des noch ungebohrnen poſtumi ſubſtituirt, ſo beerbt dieſer Enkel den Grosvater ab inteſtato. Denn hier kann man den Sohn, und Enkel als Teſtamentserben nicht anſehen, weil der poſtumus nach deſſelben Abſterben gebohren und alſo das Teſtament ungültig geworden. Cujac. Lib. 3. Obſ. 21. Der Sohn war eigentlich, als er ſtarb, weder Teſtaments-, noch Inteſtat Erbe. Jenes nicht, weil die Gültigkeit des Teſtaments von der Geburt des poſtumi abhing, dieſe hernach erfolgte und der Effeckt retro ſich äuſſerte, als wenn das Teſtament vor dem Tode des Sohns rumpirt worden wäre. Dieſes nicht, weil doch cauſa inteſtati beym Tode des Sohnes noch nicht da war, und wenn der Poſtumus nicht zur Welt gekommen wäre, das Teſtament gegolten hätte. Der Enkel beerbt mit dem poſtumo jure ſui ab inteſtato, den Großvater, weil ſein Vater zur Zeit der deferirten Inteſtat-Erbſchaft nicht mehr vorhanden iſt. Wenn der Poſtumus nachher gebohren wird und der Enkel ſubſtituirt iſt, ſo wird freylich dieſer Inteſtat Erbe. Ob es aber ſchon der Sohn geworden ſey, iſt nicht beſtimmt. Vermuthlich

ſoll

ſoll ſolches nicht angenommen werden, weil blos im Fall, da keine Subſtitution vorhanden, der Sohn als Inteſtat Erbe erwähnt wird. Eben darum wird auch der Enkel in dieſem Falle des Teſtirers Inteſtat Erbe genannt, welches nicht ſeyn könnte, wenn der Sohn es wäre. Daß die in der Folge würklich geſchehene Geburt des poſtumi anzunehmen, erweiſt der Ausdruck: ſuum heredem futurum. Des Großvaters heres ſuus würde der Enkel nicht genannt werden, wenn er nicht Inteſtat-Erbe wäre. Die Inteſtat-Erbſchaft muſte aber durch die Geburt des poſtumi, ſo das Teſtament rumpirte, erſt entſtehen. Eben dies beweiſen die Worte: ipſe filius inteſtato patri heres exiſtat, welche ebenfalls eine geſchehene Ruption des Teſtaments anzeigen. Iſt keine Subſtitution vorhanden, ſo fällt, weil blos der Sohn der einzige Teſtaments Erbe iſt, und dieſer während der Ungewißheit verſtirbt, die Erbſchaft ſchon ohne dem ad cauſam inteſtati. Iſt aber ein Subſtitut vorhanden, ſo erhält dieſe zwar cauſam teſtamenti aber nur ſo lange, bis der poſtumus gebohren wird. Denn entſteht eine Ruptio. Poſtumo non nato heiſt ſo viel, als poſtumo nondum nato. Es iſt daher eine ganz falſche Erklärung dieſer Stelle, wenn man ſie von einem Falle verſteht, da der Poſtumus gar nicht zur Welt gekommen iſt A. Faber meint Error. pragm. D. 32. E. 9. es komme hier auf den Umſtand, ob der poſtumus gebohren werde oder nicht, wenig an. Wenn er auch nicht gebohren werde, ſo ſey allemal in Anſehung des Sohns cauſa inteſtati, weil er die Gewißheit der Dauer des Teſtaments nicht erlebt. Nur in Anſehung des Subſtituti bleibe cauſa teſtamenti. Daß aber in Anſehung des Sohns cauſa inteſtati ſey, wenn auch der poſtumus nicht gebohren werde, iſt zu leugnen. Weil das Teſtament ſo lange gilt, und alſo der Sohn als Teſtamentserbe verſtirbt, bis die Ruptio erfolgt. Daß die Subſti-

tution bleibe, wenn der Poſtumus gebohren wird, läſt ſich bey geſchehener Ruption nicht gedenken. Papinian hat dem, was African hier ſagt, in L. 84. de acq. hered. noch etwas hinzugeſezt. Er meint nemlich, es ſey ein Unterſchied, ob die Wittwe würklich ein Kind gehabt, welches lebendig zur Welt gekommen, doch bey Abſterben des Sohnes noch lebendig im Mutterleibe geweſen, oder ob nur eine ſcheinbare Schwangerſchaft vorhanden geweſen, wie der Ausgang gewieſen. In jenem Falle ſey dem Sohne vor ſeinem Abſterben eine bonorum poſſeſſio decretalis ſecundum tabulas nützlich, um auf ſeine Nachkommen ſeine Rechte zu verfällen. Ob ſie ſchlechthin nothwendig entſcheidet er nicht, widerſpricht alſo dem Africanus nicht, der die Transmiſſion ex cauſa inteſtati ipſo jure annimmt. Er ſagt blos: non defertur ex teſtamento hereditas. Ob ſie gar nicht deferirt werde, iſt nicht geſagt. Einem extero heredi, wie er ihn nennt, war ſie freylich nöthig, weil dieſer auf die Seinigen an ſich und ohne adition nichts verfällete, die adition aber bedingt nicht geſchehen konnte. Wenn gleich der Poſtumus nach deſſen Ableben todt zur Welt kommen ſollte; ſo konnte das hier nichts helfen Cheſ. ipr. R. et A. Tom. 2. p. 380. meint, Papinan rede von dem Falle, da der Sohn Miterben oder einen Subſtituten habe. In dieſem Falle verliehre er wenn auch der Poſtumus nicht gebohren werde, ſein Recht, und es falle an den Miterben oder Subſtituten, ſo daß der Enkel nichts bekomme. Auſſer dem Falle aber transmittire er ſein Recht. Daher nach Verſchiedenheit der Umſtände ihm die bonorum poſſeſſio nöthig oder nicht. Einem emancipato ſey ſie auf alle Fälle nöthig. Er meint ebenfalls, African ſchlieſſe die bonorum poſſeſſio, die Papinian erwähnt, nicht aus. Daß aber Papinian den Fall von vorhandenen Miterben vor Augen habe, ſieht man nicht. Der Unterſchied, ob dergleichen vorhanden, oder nicht, möchte ſich auch hier ſchwerlich mit den

Grund

Grundſätzen vereinigen laſſen. In Falle der nur ſcheinbaren Schwangerſchaft aber macht Papinian einen Unterſchied zwiſchen einem filio ſuo und andern. Jener hat in ſolchem Falle die Erbſchaft, als Teſtamentserbe, auf die Seinigen verfället, obgleich nach ſeinem Tode erſt gewiß geworden, vacuo ventre fuiſſe mulierem. Dieſer aber verfället ſie nicht dergeſtalt. Es muß bey ſeinem Leben gewiß und ihm bekannt geworden ſeyn, quod vacuus ſit venter. Die, welche einen Widerſpruch zwiſchen unſerer Stelle und L. 84. de acq. hered. zu finden glauben, ſuchen ſolchen bald auf dieſe bald auf jene Art zu heben, doch ohne Noth cf. Fabri Conjectur. L. 1. C. 10. Suerin Repet. Lection. Otto. Theſ. Tom. 4. pag. 56. nimmt an, der poſtumus ſey in L. 16. nicht lebendig zur Welt gekommen, denn ſonſt hätte der Sohn, welcher den Fall nicht erlebt, auf den Enkel nichts verfällen können, ſondern der poſtumus hätte alles allein erhalten. Es iſt aber falſch, daß der Sohn nichts verfällen könne. Er war nicht ausgeſchloſſen. Nur aus dem Teſtamente konnte er nicht erben. Aber cauſa inteſtati muſte noch immer übrig bleiben. Non enim datur tertium. Daß in L. 16. der Sohn, welcher vor der Geburt des poſtumi ſtarb, nicht Erbe wurde, davon ſezt Bartolus den Grund darin, daß ein Suus durch ihm geſchehene Vulgar Subſtitution ein heres voluntarius werde. Dieſer Satz iſt aber falſch, und der Grund iſt, wie oben ausgeführt, ein anderer. Den L. 84. erklärt Gaſt. bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 751. ebenfalls von einem Falle, wo der Sohn einen Miterben oder Subſtituten hat, in welchem Falle ihm bonorum poſſeſſio contra tabulas dienlich, welche, nachdem nach ſeinem Tode der Poſtumus gebohren werde oder nicht, ſich gar leicht in b. p. ab inteſtato oder ſecundum tabulas verwandeln laſſe. Dieſe Erklärung iſt aber zu unnatürlich Averan. Interpr. L. 4. c. 30. n. 3. ſq. verwirft die Erfordernis eines Co-

heredis oder ſubſtituti in L. 84. Die bonorum poſſeſſio erforderte eine Wiſſenſchaft und Erklärung, welche dem Heredi ſuo um Erbe zu werden nicht nöthig war. Im Fall der Ungewißheit wegen des Poſtumi konnte der Sohn weder ſecundum noch contra tabulas bonorum poſſeſſionem annehmen. Daher mußte eine decretalis bonorum poſſeſſio ihm nachgelaſſen werden, welche contra tabulas war, und auf den Fall gerichtet wurde, daß der poſtumus ſollte zur Welt kommen! Dem Emancipato war ſie nöthig, dem Suo nicht. Daß cum decreto bonorum poſſeſſio hier ertheilt werden muſte, läßt ſich hören. Warum ſie aber eben contra tabulas ſeyn muſte, iſt nicht abzuſehen. Sie konnte nach eben der Lage auch ſecundum tabulas ſeyn cf. Averan. Interpr. L. 5. c. 30. wo er zugleich gegen den Bartolus diſputirt, der, wie ſchon geſagt, aus dieſer und andern Stellen fälſchlich herleiten wollen, daß ein Suus, dem vulgariter ſubſtituirt worden, dadurch ein heres voluntarius werde. Jauch de negation. p. 189. will poſtumo non nato nicht für poſtumo nondum nato paſſiren laſſen, weil, wenn auch der Poſtumus gar nicht zur Welt kommt, es gewiß ſey, daß kein Teſtamentserbe ſtatt finde. Dieſer Grund aber iſt zu leugnen.

§. 464. Wenn ihnen bey der Enterbung inter caeteros kein Vermächtnis gegeben wurde, ſo war das Teſtament ebenfalls ungültig. Nur denn galt ſie, wenn ihnen ein Vermächtnis zugetheilt war §. 1. J. de exhered. lib. Poſtumi quoque libri vel heredes inſtitui debent vel exheredari. Et in eo par omnium conditio eſt, quod et filio poſtumo, et quolibet ex caeteris liberis, ſive foeminini ſexus, ſive maſculini, praeterito, valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione poſtumi ſive poſtumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque ſi mulier ex qua poſtumus aut poſtuma ſperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento eſt ſcriptis here-

heredibus ad hereditatem adeundam. Sed foeminini quidem ſexus perſonae vel nominatim vel inter caeteros exheredari ſolebant: dum tamen, ſi inter caeteros exheredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur praeteritae eſſe per oblivionem. Maſculos vero poſtumos, id eſt, filios et deinceps, placuit non aliter recte exheredari, niſi nominatim exheredarentur, hoc ſcilicet modo: *Quicunque mihi filius genitus fuerit, exheres eſto.* Vlp. Frag. Tit. 22. §. 15. Poſtumi quoque liberi id eſt, qui in vtero ſunt, ſi tales ſunt, vt nati in poteſtate noſtra futuri ſint, ſuorum heredum numero ſunt. §. 18. Poſtumi quoque liberi cujuscunque ſexus omiſſi, quod valuit teſtamentum, agnatione poſtumi rumpitur §. 19. Eos, qui in vtero ſunt, ſi nati ſui heredes nobis futuri ſunt, poſſumus inſtituere heredes, ſi quidem poſt mortem noſtram naſcuntur, ex jure civili: ſi vero viventibus nobis ex lege Iulia §. 21. Poſtumus filius nominatim exheredandus eſt: filia poſtuma caeteraeque poſtumae feminae vel nominatim, vel inter caeteros; dummodo inter caeteros exheredatis aliquid legetur· § 22. Nepotes et pronepotes maſculi poſtumi praeter filium, vel nominatim vel inter caeteros, cum adjectatione, legati ſunt exheredandi, ſed tutius eſt tamen, nominatim eos exheredari: et id obſervatur magis. Caji Inſt. L. 2. tit. 3. §. 2. Poſtumorum duo genera ſunt: quia poſtumi appellantur hi, qui poſt patris mortem de vxore nati fuerint, et illi, qui poſt teſtamentum factum naſcuntur. Et ideo, niſi is, qui teſtamentum facit, in ipſo teſtamento comprehenderit: *Quicunque filius, aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi ſit*, aut certe dicat: *exheres ſit:* valere ejus non poteſt teſtamentum: quia, ſicut ſuperius jam dictum eſt, legitime concepti pro natis habeantur. Niſi quod melior conditio eſt poſtumae, quam natae: quia nata, ſi praetermiſſa fuerit,

non rumpit teſtamentum: poſtuma vero, ſicut maſculus, teſtamentum rumpit. Wenn ein Poſtumus übergangen war, ſo galt doch das Teſtament von Anfange, weil noch nicht ausgemacht war, ob ein ſolcher zur Welt kommen würde. Kam gar kein Nachgebohrner zur Conception, oder kam er nicht lebendig, oder kam er als ein Monſtrum zur Welt, ſo behielt das Teſtament ſeine Kraft. Das Entſtehen eines lebendigen, mit einer vernünftigen oder menſchlichen Seele begabten Nachgebohrnen erſt machte die Ungütigkeit. Vlp. Fragm. Tit 22. §. 18. muß ſtatt: rumpitur, beſſer: rumpunt geleſen werden. §. 19. giebt zu erkennen, es ſey als eine beſondere Nachſicht angeſehen worden, daß man poſtumos ſuos zu Erben ernennen dürfen. §. 22. vereinigt Bynkersh. Obſ. L. 8. c. 23. mit L. 3. pr. de injuſt. rupt. irr. und andern Stellen ſo, daß, wenn die Kinder des erſten Grades noch leben, Enkel nur inter caeteros enterbt zu werden brauchen, wenn ſolche aber nicht mehr leben, die Enterbung nominatim geſchehen müſſe. Nach den 12 Tafeln hinderte an ſich nichts, warum man nicht alle Arten der Poſtumorum zu Erben ernennen konnte. Dies lehren L. 120. de V. S. und tit J. de exher. lib. Ohne Grund behauptet Theophilus in Paraphraſi das Gegentheil. Charond. Veriſimil. c. 15. Ott. Theſ. Tom. 1. p. 720. Ein anderes nahm hernach der Gerichtsgebrauch an. Der Gerichtsgebrauch hatte nemlich angenommen, daß poſtumi, als perſonae incertae, nicht zu Erben ernannt werden durften. Hiebey blieb man ſtreng, ſo fern von poſtumis alienis die Rede war. Poſtumi alieni hieſſen diejenigen, welche bey ihrer Geburt nicht unter der unmittelbaren Gewalt des Teſtirers ſtanden, Sui aber welche zu ſolcher Zeit unter dieſelbe kamen. Dieſen Begriff beſtärkt beſonders Altamiran. ad Quaeſt. Scaevol. Meerm. Tom. 2. p. 450. ſq. Nur der praetor gab dieſen in der Folge bonorum poſſeſſionem ſecundum ta-

tabulas. worauf §. 28. J. de leg. gezielt wird. Altamiran l. c. §. 10. ſqq. Nach Juſtinianiſchen Rechte und einer Verordnung, welche ſich im Codex nicht mehr findet, erhielten ſie auch die bürgerliche Fähigkeit, zu Erben ernannt zu werden. §. Poſtumo quoque alieno J. de leg. Poſtumos ſuos hingegen zu Erben zu ernennen, wurde gegen die alten ſtrengern Grundſätze gleich anfänglich nachgelaſſen, damit durch Uebergehung der Poſtumorum keine Ungültigkeit der Teſtamente entſtünde. Wie blos die Juriſten die Unfähigkeit der Poſtumorum überhaupt, jedoch die Fähigkeit der poſtumorum ſuorum inſonderheit eingeführt, lehrt beſonders A. Faber. Conjectur. L. 9. c. 2. Alles aber, was der Gerichtsgebrauch hierüber annahm, betraf blos die Nachgebohrnen, welche nach dem Tode des Erblaſſers gebohren wurden, und ſeine Söhne oder ſonſt unmittelbare Erben waren, und es geweſen ſeyn würden, wenn ſie zur Zeit des Teſtaments gebohren geweſen wären. Wegen anderer Fälle muſte erſt durch Geſetze oder das Anſehen gewiſſer Rechtsgelehrten ein Gleiches eingeführt werden, davon hernach. Statt: Iulia in §. 19. muß es heiſſen Iunia. nemlich L. Iunia Velleja.

§. 465. Poſtumae, wie auch poſtumi, waren mehr begünſtigt, als ſchon gebohrne Kinder. Denn wenn ſchon gebohrne Töchter übergangen worden, ſo entſtand keine Ungültigkeit des Teſtaments. Eben dies galt bey ſchon gebohrnen Enkeln. Hingegen filiae poſtumae und nepotes poſtumi machten, wenn ſie übergangen worden, das Teſtament ungültig. Jene konnten ſchlechthin inter caeteros enterbt werden, bey dieſen war wie es ſcheint zwiſchen männlichen und weiblichen Enkeln ein Unterſchied. Jene konnten gar nicht inter caeteros enterbt werden, oder es muſte ihnen dabey etwas vermacht ſeyn.

§. 466. Wie eine namentliche Enterbung eines Poſtumi geſchehe, lehrt L. 3. §. 5. de Injuſt. rupt. irrit. Nominatim autem exheredatus poſtumus videtur ſive ita dixerit: *Quicunque mihi naſceretur*, ſive ita: *ex Seja*, ſive ita: *venter exheres eſto.* Sed et ſi dixerit: *Poſtumus exheres eſto.* Natus vel poſt mortem, vel vivo teſtatore, non rumpit. Die Enterbung der poſtumorum kann auch vor der Erbeinſetzung, zwiſchen verſchiedenen Graden derſelben geſchehen L. 3. §. 2. de injuſt. rupt. irrit. Vnde etiam ante heredis inſtitutionem, vel inter medias heredum inſtitutiones, vel inter gradus exheredari poſſunt. Nam divus Marcus decrevit, idem in poſtumo, quod in filio, ſervandum. Nec ratio diverſitatis reddi poteſt. Da ein Gleiches bey ſchon gebohrnen Kindern ſtatt findet; ſo iſt dieſer Satz bey poſtumis nichts beſonders. Iſt die Enterbung, da man einen Sohn oder eine Tochter erwartete, auf beyde Fälle geſchehen, ſo gilt ſie auch, wenn beyde Fälle neben einander zur Wirklichkeit kommen. L. 14. de injuſt. rupt. irrit. Si ita facta ſit exheredatio: *Si filius natus, natave ſit, exheres eſto:* vtrisque natis, non rumpitur teſtamentum. Unrichtig laſſen einige das non vor rumpitur weg.

§. 467. Da die Uebergehung der poſtumorum eine Ungültigkeit machte, hingegen bey Enterbung derſelben für die Gültigkeit geſorgt war; ſo konnte es kommen: Daß der eine Grad der Erbeinſetzung gültig war, weil bey dem die Enterbung geſchehen, der andere nicht, weil ſich da die Uebergehung fand L. 3. §. 6. de injuſt. rupt. irrit. Licet autem poſtumus praeteritus agnoſcendo rumpat tamen interdum evenit, vt pars teſtamenti rumpatur. Vtputa ſi proponas, a primo gradu poſtumum exheredatum, a ſecundo praeteritum. Nam hic primus gradus valet, ſecundus ruptus eſt. L. 4. eod. Denique

nique et deliberantibus primo gradu ſcriptis heredibus, qui ſecundo gradu ſcripti ſunt heredes, obtinere hereditatem non poſſunt, gradu enim rupto et infirmato amplius hereditas inde obtineri non poteſt. L. 4. redet von der bonorum poſſeſſione ſine re agnita, welche ſonſt dem zweyten Grade, während des Beſinnens des erſten Grades, zukam, hier aber wegfiel, weil der zweyte Grad nicht galt.

§. 468. Wenn die Enterbung beym zweyten Grade, die Uebergehung aber bey dem erſten geſchehen, ſo gilt der zweyte, der erſte aber nicht. Es kommt alſo darauf an, ob der erſte Grad ſchon, ohne auf die Uebergehung zu ſehen, ungültig iſt, oder nicht. In jenem Fall bleibt es bey dem gültigen zweyten Grade. Im andern aber bleibt der erſte Grad, zu Ausſchlieſſung des zweyten gültig; nur der Uebergangene ruckt, ſtatt des Erbens im erſten Grade ein, der ihm ungültig vorgezogen iſt. L. 5. de injuſt. rupt. irrit. Nam et ſi ſub conditione ſit heres inſtitutus quis, a quo poſtumus non eſt exheredatus: tamen pendente conditione rumpitur gradus, vt et Iulianus ſcripſit. Sed et ſi ſit ei ſubſtitutus quis: etiam deficiente conditione primi gradus, non admittetur ſubſtitutus, a quo ſcilicet poſtumus exheredatus non eſt. Puto igitur, exiſtente quidem conditione primi gradus, poſtumo potius locum fore. Poſt defectum autem conditionis natus poſtumus gradum non rumpit: quia nullus eſt. Rumpendo autem teſtamentum, ſibi locum facere poſtumus ſolet, quamvis filius ſequentem gradum, a quo exheredatus eſt patiatur valere. Sed ſi a primo gradu praeteritus, a ſecundo exheredatus ſit: ſi eo tempore naſcatur poſtumus, quo aliquis ex inſtitutis vixit: totum teſtamentum ruptum eſt. Nam tollendo primum gradum, ſibi locum facit. Der Anfang der Stelle redet von dem Falle, da dem bedingten Erben kein Subſtitut gegeben iſt. In ſolchem

Fal-

Falle mag die Bedingung würklich werden, oder nicht ſo fällt die Einſetzung allemal hinweg. Alſo muß der Poſtumus ſchon pendente conditione die Erbſchaft bekommen. Wird die Bedingung erfüllt, ſo iſt die Erbeinſetzung dennoch wegen der Uebergehung des Poſtumi ungültig. Wird ſie nicht erfüllt, ſo zerfällt die Erbeinſetzung ſchon um des willen. Sed et etc. Hier geht der Fall an, da ein Subſtitut vorhanden iſt. Iſt ein Subſtitut da, aber bey der Subſtitution iſt der Poſtumus übergangen; ſo gilt die Subſtitution nicht (etiam deficiente — non admittetur ſubſtitutus). Es iſt alſo eben wieder ſo, als im Falle, da kein Subſtitut vorhanden war. Nemlich wird die Bedingung erfüllt, ſo tritt, ſtatt des Erben, der Uebergangene ein. Wo nicht; ſo fällt die Erbeinſetzung ſchon an ſich hinweg. Puto igitur — quia nullus eſt. Cujacius lieſt: a quo ſcilicet poſtumus exheredatus eſt, welches die Baſilicae beſtärken, aber Altamiranus bey Meerm. Theſ. Tom. 2. pag. 469. vertheidigt die Negation. Auch Jauch. de negation. p. 190. Läßt man die Negation weg, welches im Zuſammenhange beſſer paßt, ſo lehrt der Juriſt, daß bey Uebergehung des poſtumi im erſten Grade die Subſtitution auf alle Fälle ungültig ſey, bey der Subſtitution finde ſich eine Uebergehung oder Enterbung, ſie ſey bedingt oder unbedingt. Gegen dieſen Satz iſt auch nichts einzuwenden. Es ſcheint aber mit A. Faber Conject. L. 8. c. 20. ein Unterſchied zwiſchen poſtumis und jam natis zu machen zu ſeyn verb. quamvis filius etc. Bey ſchon gebohrnen Söhnen iſt der erſte Grad, wo ſich die Uebergehung findet, dergeſtalt ungültig, daß ſchlechthin der zweyte gilt, wo die Enterbung vorkommt, alſo der im erſten Grade übergangene Sohn in dieſen Grad nicht eintritt. Ein Poſtumus hingegen tritt ein und macht ſich Platz, wovon der ſubtile Grund des Unterſchieds bey ihm nachzuſehen. Iſt bey dem zweyten Grade eine Enterbung

bung geſchehen; ſo gilt nach der gemeinen Leſeart der zweyte Grad. Wenn man die Negation, wie geſagt, beſſer wegläßt, ſo gilt ſolcher auch denn nicht. Wenn bey dem erſten ſich die Uebergehung findet, und die Bedingung des erſten Grades wird erfüllt, daß alſo der Erbe des erſten Grades die Erbſchaft unter andern Umſtänden behalten würde, ſo nimmt ſie ihm der Uebergangene ab. Rumpendo autem — patiatur valere. Würde aber auch wegen ausfallender Bedingung die Subſtitution eintreten, ſo wäre doch wieder wegen der Uebergehung im erſten Grade alles ungültig. Mit den Worten: Sed ſi a primo gradu etc. geht der Fall an, da die Erben des erſten Grades unbedingt ernannt, daneben ein Poſtumus übergangen, auſſerdem aber eine Subſtitution nemlich auf den Fall, wenn die Erben des erſten Grades vor dem Erblaſſer verſterben würden gemacht, und dem zweyten Grade eine Enterbung beygefügt iſt. Wenn hier die Erben des erſten Grades alle vor dem Erblaſſer ſterben; ſo gilt wie es ſcheint die Subſtitution und dieſe iſt wegen der Enterbung gültig. Ueberleben ſie aber den Erblaſſer, ſo fällt die Subſtitution weg. Die Inſtitution hingegen iſt ungültig. Wenn die Erben des erſten Grades überleben, ſo bleibt die Einſetzung des erſten Grades, wenn man die Uebergehung nicht anſieht, bey Kräften, und ſchließt den zweyten Grad aus. Aber der Uebergangene nimmt den Erben des erſten Grades die Erbſchaft wieder ab.

§. 469. In dem Falle, da bey dem erſten Grade ſich eine Uebergehung, bey dem zweyten hingegen eine Enterbung findet, iſt alſo ein Unterſchied zwiſchen ſchon gebohrnen Söhnen und poſtumis. Bey jenen iſt die im erſten Grad geſchehene Uebergehung dergeſtalt ungültig, daß es auf keinen Fall der Ruption durch dem Poſtumus bedarf, und der erſte Grad an ſich ſchlechthin null und nichtig iſt,

iſt, und die Sache gleich mit der Subſtitution den Anfang nimmt L. 3. §. 6. de lib. et poſt. Dies ſagen auch die Baſilicae, wo der Sinn der Stelle folgendergeſtalt ausgedruckt iſt. Sie lautet da, nach der Ueberſetzung, ſo: Si ſub conditione heredem ſcripſero, et poſtumum praeteriero, et naſcatur pendente conditione, teſtamentum rumpit adeo, vt nec ſubſtituto locus ſit. At ſi poſt defectum conditionis adſcriptae heredi inſtituto naſcatur, non rumpit inſtitutionem ejus, quia irritam eam invenit. Sed ſi primum gradum, in quo praeteritus eſt, cum validum inveniſſet, ruperit, ſequentes etiam rumpit, licet ab eis ſit exheredatus. Qui enim coepit rumpere, totum in his, quae ſequuntur, teſtamentum infirmat, videlicet quod ad inſtitutiones duntaxat. At filius ſuperſtes praeteritus a primo gradu et a ſequentibus exheredatus, primum duntaxat infirmat. Eine Oppoſition zwiſchen der Geburt des poſtumi pendente conditione, und poſt defectum conditionis, welche hier vorkommt, ſteht im lateiniſchen Texte nicht. Der erſte Fall, wo kein Subſtitut vorhanden, iſt hier ganz weggelaſſen. Uebrigens kommt dieſe Ueberſetzung mit unſerer Erklärung überein.

§. 470. Wenn bey dem erſten Grade ſich die Enterbung findet, bey dem zweyten die Uebergehung, ſo gilt der zweyte nicht, geſezt auch, daß während des Beſinnens des Erben im erſten Grade der Poſtumus wieder geſtorben wäre L. 14. pr. de lib. et poſtum. Si poſtumus a primo gradu exheredatus, a ſecundo praeteritus ſit: quamvis eo tempore naſcatur, quo ad heredes primo gradu ſcriptos pertineat hereditas, ſecnndum tamen gradum vitiari placet: ad hoc, vt praetermittentibus inſtitutis, ipſe heres exiſtat. Imo et ſi, defuncto eo, heredes inſtituti omiſerint hereditatem, non poſſe ſubſtitutos adire. Itaque et ſi a primo gradu exheredatus, a ſecun-

ſecundo praeteritus, a tertio exheredatus ſit, et viventibus primis, et deliberantibus, decedat: quaeri ſolet, omittentibus primis aditionem vtrum ad eos, qui tertio gradu ſcripti ſint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas. Quo et ipſo caſu rectius exſtimari putavit, ad legitimos eam pertinere. Nam et cum duobus heredibus inſtitutis, et in ſingulorum locum facta ſubſtitutione, a primis exheredatus poſtumus, a ſecundis praeteritus fuerit: ſi alter ex inſtitutis omiſerit, quamvis poſtumus excludatur, non tamen magis ſubſtitutum admitti. Wenn der Erbe des erſten Grades, bey welchem die Enterbung geſchehen, der Erbſchaft entſagt, ſo fällt die Erbſchaft nicht auf die Subſtitution, die wegen der Uebergehung ungültig iſt, ſondern auf den Poſtumus. Eben ſo fällt die Erbſchaft nicht auf den Subſtitut, wenn auch der Poſtumus in der Beſinnzeit des Inſtituti wieder ſtirbt. Wenn 2 Inſtituti vorhanden ſind; und jedem ein beſonderer Subſtitut gegeben iſt, bey der Subſtitution aber eine Uebergehung, und bey der Inſtitution eine Enterbung ſich findet; daneben von den Inſtitutis einer ſich von der Erbſchaft losſagt: ſo fällt deſſen Antheil nicht an den Miterben, jure accreſcendi, ſondern auf den Subſtitut, und weil bey dieſem die Uebergehung ſich findet, ſo entſteht daraus eine Ruption, die, weil ſie nicht blos einen Theil des Teſtaments angreiffen kann, das ganze Teſtament umwirft. Wenn bey dem erſten Grade die Enterbung, bey dem zweyten eine Uebergehung, bey dem dritten wieder Enterbung vorkommt, und der Poſtumus ſtirbt in der Beſinnzeit der Inſtitutorum, die ſich hernach der Erbſchaft begeben: ſo gilt der zweyte Grad nicht, und deſſen Ungültigkeit, weil er in Anſehung des dritten, wie der erſte, und dieſer dagegen in Anſehung jenes, wie der zweyte, anzuſehen iſt, zieht deſſen Ungültigkeit mit nach ſich L. 3. §. 6. eod. Daher fällt wieder, wie im erſten Fall, alles ad cauſam inteſtati.

§. 371.

§. 471. Daß in dem zweyten Falle das ganze Teſtament ungültig werde und kein jus accreſcendi ſtatt finde, lehrt L. 19. pr. de iniuſt. rupt. irrit. Si ego et Titius inſtituti ſimus, et a nobis poſtumus exheredatus ſit, a ſubſtitutis noſtris non ſit exheredatus: Titio defuncto, ne ego quidem adire potero. Jam enim propter inſtituti perſonam, a quo poſtumus exheredatus eſt, in cujus locum ſubſtitutus vocatur, a quo poſtumus exheredatus non eſt, ruptum eſt teſtamentum.

§. 472. Ganz anders iſt es, wenn nicht jedem Inſtituto ein beſonderer Subſtitut gegeben, ſondern den 2 Inſtitutis überhaupt ein dritter, oder ſie ſich gegenſeitig, ſubſtituirt worden. In dieſem Falle übt, wenn einer derſelben ſich losſagt, der andere das jus accreſcendi. Im Fall, wo jedem ein beſonderer Subſtitut gegeben, hat, wofern es eine Subſtitutio reciproca iſt, dieſe ihre gute Würkung, weil ſobald Titius der Miterbe in primo gradu ſtirbt, der andere Erbe an deſſen Stelle ſteht, und nach ausdrücklichen Willen des Erblaſſers alles bekommt, der einzige Erbe im erſten Grade nunmehro iſt, und bey ihm die Exheredation geſchehen. §. 1. Sed ſi ego et Titius invicem ſubſtituti ſimus, quamvis in partem ſubſtitutionis exheredatus non ſit: mortuo vel repudiante Titio, me poſſe adire puto, et ex aſſe heredem eſſe. In partem ſubſtitutionis exheredatus non eſt: heiſt: bey dem zweyten Grade iſt keine Enterbung geſchehen.

§. 473. Im Fall wo keine Subſtitutio reciproca geſchehen und jeder der zwey Miterben einen beſondern Subſtituten mit Uebergehung hat, ſoll keiner der beyden Erben des erſten Grades die Erbſchaft allein antreten, ſondern beyde ſolches zuſammen thun, weil ſonſt der andere, ſo noch nicht ſich erklärt hat, ſich losſagen und

da-

dadurch das ganze Teſtament noch immer ungültig machen kann §. 2. In prima tamen ſpecie, etſi vivat Titius neque ego ſine illo, neque ipſe ſine me adire poterit, quia incertum eſt, num adhuc altero omittente rumpatur teſtamentum. Itaque ſimul adire poſſumus. Poſſumus ſteht hier für debemus. Num rumpatur für: Num non futurum ſit, vt rumpatur.

§. 474. Daß der Grad, bey welchem die poſtumi zu Erben ernannt, oder enterbt worden gültig ſey, der andre hingegen, wo ſolches nicht geſchehen iſt, dadurch ungültig werde, wenn er es nicht ſchon an ſich iſt, wird auch anderwärts eingeſchärft L. 6. §. 3. de Injuſt. rupt. irrit. Succedendo itaque ſui non rumpunt, ſive fuerint inſtituti, vel exheredati ab eo gradu, ad quem hereditas defertur. Scilicet ſi gradus ille valeat. Wenn die Erbeinſetzung in demſelben Grade ſchon an ſich eine Nichtigkeit hat, ſo hilft die daneben geſchehene Einſetzung oder Enterbung des Poſtumi nicht zur Gültigkeit.

§. 475. Um wegen der poſtumorum im Teſtamente verfügen zu können, oder zu müſſen, war es nicht nöthig, daß der Teſtirer ſchon in der Ehe überhaupt, oder in derjenigen Ehe inſonderheit, lebte, von deren Kindern die Rede war. Ein Unverheyratheter konnte und muſte ſchon wegen der poſtumorum ſeine Maaßregeln nehmen, und was von poſtumis überhaupt verordnet war, betraf auch die, ſo aus einer Ehe gezeugt wurden, in welcher der Teſtirer jezt noch nicht lebte, indem er etwa die erſte Frau hatte, und hernach in der zweyten Ehe ihm Kinder gebohren wurden. L. 4. de lib. et poſt. Placet omnem maſculum poſſe poſtumum heredem ſcribere, ſive jam maritus ſit, ſive nondum vxorem duxerit. Nam et maritus repudiare vxorem poteſt, et qui non duxit vxorem, poſtea maritus effici. Nam

et cum maritus poſtumum heredem ſcribit: non vtique is ſolus poſtumus ſcriptus videtur, qui ex ea, quam habet vxorem, ei natus eſt, vel is, qui tunc in vtero eſt: verum is quoque, qui ex quacunque vxore naſcatur. L. 5. eod. Ideoque qui poſtumum heredem inſtituit, ſi poſt teſtamentum factum matrimonium: is inſtitutus videtur, qui ex poſteriore matrimonio natus eſt. Maſculus wird hier erwähnt, weil Weibsleute nur Poſtumos alienos haben können, welche jure civili nicht ernannt werden dürfen. Altamiran. Meerm. Theſ. Tom. 2. p. 456.

§. 476. So gar kann ein ſolcher der zur Erzeugung unfähig iſt, wenn er nur kein Caſtrat iſt, poſtumos gültig zu Erben ernennen. L. 6. pr. de lib. et poſtum. Sed eſt quaeſitum, an is, qui generare facile non poſſit, poſtumum heredem facere poſſit. Et ſcribit Caſſius et Iavolenus, poſſe. Nam et vxorem ducere et adoptare poteſt. Spadonem quoque poſſe poſtumum heredem ſcribere, et Labeo et Caſſius ſcribunt: quoniam nec aetas, nec ſterilitas ei rei, impedimento eſt. §. 1. eod. Sed ſi caſtratus ſit, Iulianus Proculi opinionem ſecutus, non putat poſtumum heredem poſſe inſtituere. Quo jure vtimur. Man wird fragen, was dieſe Anmerkung für Nutzen habe, indem der Zeugungs-Unfähige dennoch keine poſtumos erzeuge. Der Nutzen fand ſich z. E. bey einem zweyten Teſtamente wodurch ein erſteres aufgehoben werden ſollte. Wenn in dem zweyten der Teſtirer ſeine poſtumos zu Erben ernannte, und er war ein Caſtrat, ſo war das zweyte, als gar nicht gemacht, anzuſehen. Alſo galt noch das erſte. Wenn aber der Erblaſſer nur ſonſt zum Zeugen unfähig war, ſo war das zweyte Teſtament von Anfange gültig, weil es gleichſam von einer conditione in futurum collata, daß poſtumi zur Welt kämen, abhieng. Wenn dergleichen auch

nicht zur Welt kamen, ſo galt das zweyte Teſtament doch von Anfange, hatte nur ein vitium ſuperveniens, warf das erſte um, und nun galten beyde Teſtamente nicht.

§. 477. Noch weniger hinderte an Ernennung der poſtumorum eine vorhandene Schwäche, dabey man noch etwa ſich beſſern, oder ſich ſelbſt übertreffen konnte, L. 9. pr. de lib. et poſtum. Si quis poſtumos, quos per aetatem aut valetudinem habere forte non poteſt, heredes inſtituit: ſuperius teſtamentum rumpitur: quod natura magis in homine generandi et conſuetudo ſpectanda eſt, quam temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate. Natura magis — ſpectanda eſt heiſt: man muß mehr auf die Regel, nach welcher ordentlicher Weiſe Menſchen die Erzeugungskraft haben, als auf die Ausnahme, Rückſicht nehmen.

§. 478. Weil nun bey Vätern, Grosvätern und Mannsleuten hier eigentlich gefragt wurde, wiefern ſie poſtumos zu Erben ernennen könnten und muſten, ſo kam es zur Entſcheidung, was denn Rechtens ſey, wenn der Teſtirer ein Hermaphrodit wäre. Man antwortete: wenn der Erblaſſer dem überlegenen Geſchlechte nach männlich wäre; ſo hätte ſeine Erbeinſetzung in Anſehung der Poſtumorum nichts beſonderes. L. 6. §. 2. de lib. et poſtum. Hermaphroditus plane, ſi in eo virilia praevalebunt, poſtumum heredem inſtituere poterit. Einige leſen ſtatt: plane, hier: maxime. Plane iſt aber beſſer. Altamiran. Meermann. Theſ. Tom. 2. p. 457.

§. 479. Nur einen Poſtumum den man mit einer Frau erzeugen würde, die jezt einen andern Mann hatte zu Erben zu ernennen, war unanſtändig und unzuläſſig. L. 9. §. 1. de lib. et poſt. Sed ſi ex ea, quae alii nupta

ta ſit, poſtumum quis heredem inſtituerit: ipſo jure non valet: quod turpis ſit inſtitutio.

§. 480. Eine unverheyrathete Perſon hingegen zu benennen, mit welcher man erſt noch ſich zu verheyrathen und poſtumos zu erzeugen gedachte, und dieſe Kinder zum voraus zu Erben einzuſetzen, war den Rechten nicht zuwider L. 27. de lib. et poſtum. Poſtumum ex qualibet vidua natum ſibi filium heredem inſtituere poteſt.

§. 281. Wenn man einen poſtumum zu Erben ernennt, der mit einer Frau erzeugt werden ſoll, die man nie heyrathen darf, ſo iſt die Ernennung ſogleich ungültig. L. 9. §. 3. de lib. et poſtum. Sed ſi ex ea, quam nefas, ſit ducere, poſtumum heredem inſtituero, non putat rumpi teſtamentum Pomponius.

§. 482. Wenn aber eine Frau dabey erwähnt wird, die man zwar jezt noch nicht heyrathen kann, mit welcher aber mit der Zeit eine Ehe ſtatt findet, ſo iſt keine Ungültigkeit vorhanden L. 28. §. 3. de lib. et poſtum. Si quis eo tempore, quo nondum ejus vxor eſſe poſſit, teſtator natum ex ea ſcripſit heredem: an poſtea contracto licito matrimonio natus, heres ex teſtamento eſſe poſſit, quaeritur. Veluti ſi ſcribas hodie heredem, qui tibi ex Titia natus erit, quando Titia ancilla, vel minor annis viginti quinque ea, cujus pater tuus tutelam adminiſtravit, aut tutor tu ipſe fuiſti: poſtea Titia vxor juſta tibi fuerit, vel libertatem adepta, aut tempore annorum viginti quinque, et vtilis anni, et rationum allegatione: an natus heres eſſe poſſit? Nemo certe dubitabit, ex Titia, quae tunc propter tenorem aetatis vxor duci non potuit, quando teſtamentum fiebat, natum poſtea, ex vxore ducta, heredem eſſe poſſe. Et generaliter nato poſt teſtamentum here-

herede ſcripto, aditus eſt ad hereditatem: in qualicunque ſtatu teſtamenti faciendi tempore fuit, quae poſtea teſtatori civiliter nupta eſt. Mit einer Magd konnte keine Ehe ſtatt finden. Wenn ſie der Herr aber in Freyheit ſezte, ſo konnte er ſie hernach, als ſeine Freygelaſſene, zur Frau nehmen. Eine Perſon, deren Vormund man ſelbſt, oder der Vater, geweſen war, durfte man nicht eher heyrathen, als bis die Vormundſchaftsrechnung abgelegt, die Unmündigkeit geendiget, und auch nach ſolcher noch ein annus vtilis, oder das quadriennium der Wiederherſtellung in den vorigen Stand abgelaufen war. Tenor aetatis iſt hier teneritas aetatis. Einige leſen: tenerum aetatis, wie Freher in Otton. Theſ. Tom. 1. p. 864.

§. 483. Daher konnte man Kinder, welche man mit einer adoptirten Schweſter erzeugen würde, zu Erben ernennen, weil zwar ſo lange die Adoption dauerte, die Ehe mit ihr nicht zuläſſig war, ſo bald aber dieſelbe durch Emancipation aufhörte, ſolche angieng L. 9. §. 4. de lib. et poſt. Sed ſi per adoptionem ſororem factam habeam, potero poſtumum ex ea heredem inſtituere, quia, adoptione ſoluta, poſſum eam ducere vxorem.

§. 484. Ob es gleich in Anſehung der namentlich oder inter caeteros zu enterbenden poſtumorum nepotum, nach einigen Stellen der Pandecten nur darauf ankam, ob ſie männlichen oder weiblichen Geſchlechts waren, ſo iſt doch kein Fehler, wie einige meynen, wenn an einem andern Orte der Unterſchied gemacht wird, ob ſie durch männliche oder weibliche Verwandſchaft abſtammten L. 3. pr. de injuſt. rup. teſt. Poſtumi per virilem ſexum deſcendentes, ad ſimilitudinem filiorum, nominatim exheredandi ſunt: ne teſtamentum agnoſcendo rumpant. Denn bey ſchon gebohrnen Enkeln war ein

großer Unterſchied, ob ſie cognati oder agnati waren. Alſo muſte es auch bey noch ungebohrnen Enkeln ſeyn. Die cognatiſchen Deſcendenten erbten nach eigentlichem bürgerlichen Rechte nicht ab inteſtato, brauchten daher auch im Teſtamente nicht erwähnt zu werden.

Zweyter Abſatz.

Von Aquillianiſchen Poſtumis.

§. 485. Einführung der Aquillianiſchen Poſtumorum. §. 486. Meinungen verſchiedener Juriſten davon. §. 487. Meynung des Cheli von der Aquilliſchen Formel. §. 488. Natur der Aquilliſchen Formel. §. 489. Ausdehnung der Aquilliſchen Formel. §. 490. Beurtheilung der obigen Meynungen. §. 491. Noch etwas von A. Faber über die Aquilliſche Formel. §. 492. Vom C. Aquillius Gallus. §. 493. Die Bedingung, daß der Sohn vor dem Teſtirer ſterbe, braucht nicht ausgedrückt zu werden. §. 494. Es braucht nicht eben der Tod des Sohns die Bedingung zu ſeyn, ſondern es kann auch jede andere Art bedingt werden, wie er aufhöre, die Suität zu behaupten, und alle Arten ſtecken unter der Allgemeinheit des Ausdrucks. §. 495. Erklärung des A. Faber. §. 496. Andre Erklärungen. §. 497. Beurtheilung. §. 498. Ob unter einem ausgedrucktem Falle die übrigen nicht ausgedruckten begriffen. §. 499. Ernennung des Enenkels. §. 500. Ohne Erwähnung ſeines Vaters. §. 501. Gleicher Fall. §. 502. Fall, wo der poſtumus nepos bey Leben des Teſtirers und ſeines Vaters ſtarb, und doch die Aquillianiſche Einſetzung in Anſehung des Enenkels galt. §. 503. Anderer Gelehrten Erklärungen und deren Beurtheilung. §. 504. Erklärung des §. 9. L. Gallus §. 505. Uebergehung der Aquillianiſchen Poſtumorum macht Ungültigkeit.

§. 485.

Nachdem das, was bis jezt angeführt iſt, durch den Gerichtsgebrauch angenommen worden; ſo wurden noch ver-

verſchiedene neue Erfindungen in Anſehung der künftigen Fälle und Beerbungsfähigkeiten der Nachkommen hinzugethan. Die bisherigen Grundſätze betrafen Nachgebohrne, die unmittelbare Erben des Erblaſſers geweſen ſeyn würden, wenn ſie zur Zeit des Teſtaments gebohren geweſen wären, aber erſt nach dem Tode des Erblaſſers zur Welt kamen. Die ſo zur Zeit des Teſtaments nicht unmittelbare Erben geworden ſeyn würden, wenn ſie damals gebohren geweſen wären, zu Erben zu ernennen, war noch nicht zuläſſig, wenn es gleich auf einen Fall geſchahe, da der dazwiſchen ſtehende Suus vor dem Erblaſſer verſtarb. Unbedingt konnte man ſie nicht ernennen, weil ſie gleich jezt keine ſolche waren, deren Uebergehung eine Ungültigkeit machte, und ſie poſtumi alieni geweſen ſeyn würden. Gegen die bedingte Ernennung fanden ſich auch allerley Schwierigkeiten. Aber der Juriſt Aquillius Gallus hatte ſo viel Anſehn, daß er endlich auch die Ernennung der poſtumorum dieſer Art üblich und rechtlich machte. Er lehrte nemlich man ſolle ſie bedingt auf folgende Art zu Erben ernennen: Si filius meus vivo me morietur, tunc, ſi quis mihi ex eo nepos, ſive quae neptis poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit, heredes ſunto. Es wurde ſeitdem die bedingte Erbeinſetzung der poſtumorum dieſer Art, die man ſeitdem Aquillianos nennte, gegen die Regel eingeführt Gabr. Vall. Tom. 1. Theſ. Ott. p. 397. ſq. nimmt auch bey der Aquill. Formel blos Inſtitution nicht Subſtitution an, obgleich L. 37. de her. inſt. entgegen iſt L. 29. pr. de lib. et poſt. Gallius ſic poſſe inſtitui poſtumos nepotes induxit: Si filius meus, vivo me, morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſive quae neptis, poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit, heredes ſunto. In decem menſibus proximis iſt nicht mit poſt mortem

meam zuſammen zu leſen: ſondern es bezieht ſich auf die folgenden Worte: quibus filius meus moreretur. Der Enkel ſoll nemlich nach des Sohnes Tode zu einer ſolchen Zeit gebohren werden, da er noch von ihm ſeyn kann.

§. 486. A. Faber Conject. L. 9. c. 11. erklärt den Urſprung folgender Geſtalt: weil das Wort tunc gebraucht worden, ſagt er, ſo ſey die Inſtitutio poſtumi nicht als conditionata anzuſehen geweſen, welche retrotrahirt werde, ſo bald die Bedingung würklich wird. Eben darum weil die Bedingung retrotrahirt wird, habe die Formel der vulgar ſubſtitution zu der Ernennung Poſtumorum, für welche Aquillius geſorgt, nicht zugereicht. Die Subſtitution ſey eine bedingte Inſtitution, und eigentlich nur alsdenn Subſtitution, wenn dem erſt ernannten Erben die Erbſchaft deferirt worden, auf welchen Fall ein poſtumus Aquillianus, welcher alsdenn alienus geweſen wäre, nicht inſtituirt werden können. Der bedingten Ernennung des Poſtumi habe hier die catonianiſche Regel entgegen geſtanden, welche auch bey bedingten Erbeinſetzungen ſtatt fände.

§. 487. Cheſi in Iuriſpr. R. et A. Tom. 2. p. 241. ſq. lehrt, die Einſetzung und Enterbung des Aquillianiſchen Poſtumi habe vor dem Gallus die Ruption nicht gehindert, weil der poſtumus als ein alienus zu beyden unfähig geweſen. Das, was A. Faber von dem Worte: tunc vortrage, ſey nicht nöthig. Er nimmt auch an, daß eigentlich Galli Formel den Fall betroffen, wo dem Sohne Miterben an die Seite geſezt geweſen, ingleichen daß eine andere Portion dem Enkel, und eine andere dem Sohne gegeben werden müſſen, und daß der Poſtumus Aquillianus nur eingeſezt, nicht aber enterbt werden können.

§. 488.

§. 488. Gallus muſte es übrigens ſo einrichten, daß der Poſtumus alienus ein ſuus wurde, daher er die Geburt nach dem Tode des Sohns annehmen muſte, ingleichen nach dem Tode des Teſtirers, weil ſonſt kein eigentlicher Poſtumus herauskam. Ein anders konnte ein Geſetz, Iun. Vell. nemlich, einführen. Die 10 Monat zur ächten Geburt nach des Vaters Tode hatten die 12 Tafeln veſtgeſetzt L. fin. C. de her. inſt.

§. 489. Die Aquillianiſche Formel gieng anfänglich nur auf Enkel, und auf die Fälle, da deren Vater geſtorben war. In der Folge dehnte man ſie aber auch auf alle entferntere Deſcendenten, und alle Arten aus, wie ſonſt deren Aſcendent aus der väterlichen Gewalt gekommen war.

§. 490. Ob man bey der Aquillianiſchen Formel eine Inſtitution oder Subſtitution annehme, iſt eine bloſſe Subtilität, die keinen Nutzen hat. Inzwiſchen nennen ſie die Geſetze ausdrücklich eine Subſtitution. Das nunc muß Aquillius nicht für überflüſſig gehalten haben, weil er es ausgedruckt. Nach ihm aber hielt man es nicht mehr für nothwendig, da man einmal an die Aquillianiſchen Poſtumos gewöhnt war. Daß der bedingten Erbeinſetzung die catonianiſche Regel entgegen geweſen, iſt falſch. Davon wird aber unten ein mehreres zu ſagen ſeyn. Die beſondere Meynung des Cheſi, welche oben erwähnt worden, iſt ohne allen Grund. Ueber dieſe Stelle und alle folgenden §.§. ſehe man Pau Leoni Scholia in L. Gallus. Ang. Spannochi Lib. ſingul. ad L. 29. ff. de lib. et poſt. Conradi Scaev. declar. ſup. caut. Aquill. nepot. poſt inſtit. et L. Iun. vell. Winkler de L. Iun. Vell. Suerin. Repet. lection. Otto. Theſ. Tom. 4. p. 65. ſqq. Conſtantin. Subtil. Enod.

l. c. p. 536. ſq. Taurell. ad Gallum et L. Vell. l. c. p. 1603. ſq. Ramos del Manzano. Meerm. Theſ. Tom. 7. p. 212. ſq. Franckii Reſol. L. 29. ff. de lib. et poſt.

§. 491. Die eigentliche Vorſtellung, welche man ſich von Poſtumis Aquillianis machen müſſe, ſehe man bey A. Faber auſſer der ſchon angeführten Stelle, noch Conjectur. L. 9. c. 1. Einen artigen Grund, warum zuerſt wegen ſolcher Poſtumorum etwas neues eingeführt wurde, welche nach dem Tode des Erblaſſers gebohren wurden, findet man l. c. cap. 2. nemlich, weil, wenn bey Leben des Erblaſſers die Geburt erfolgte, dieſer ſelbſt die nöthige Aenderung im Teſtament machen konnte. Weil aber doch auch Umſtände dieſe Aenderung hindern konnten, ohneracht der Poſtumus bey Leben des Erblaſſers gebohren wurde, ſo dehnte L. Iun. Velleja die Neuerung auch auf dieſe Fälle aus, da die Geburt bey Leben des Teſtators erfolgte.

§. 492. C. Aquillius Gallius lebte zur Zeit des Cicero, und iſt auch durch die Aquillianiſche Stipulation und die formulas doli mali bekannt. Seine Schriften aber, deren er viele verfertigt haben ſoll, ſind uns unbekannt.

§. 493. Es iſt nicht ſchlechthin nöthig, die Bedingung, daß der Sohn vor dem Vater verſterben ſolle, bey dieſen poſtumis auszudrücken, ſondern ſie verſteht ſich von ſelbſt, wenn man den vom Sohne nach des Teſtirers Tode etwa zur Welt kommenden Enkel ernennt. L. 29. §. 1. de lib. et poſt. Quidam recte admittendum credunt, etiamſi non exprimat de morte filii, ſed ſimpliciter inſtituat: vt eo caſu valeat, qui ex verbis concipi poſſit. A. Faber Conject. L. 9. c. 12. merkt richtig

tig an, daß nicht jede Ernennung eines poſtumi nepotis einen Poſtumum Aquillianum gemacht habe, ſondern nur denn, ſi ex verbis concipi poſſit caſus Aquillianus. Es muſte nemlich ausgedruckt ſeyn, daß der Enkel nach des Erblaſſers Tode gebohren werden, und ein poſtumus ſuus ſeyn ſollte. Nerius Annal. Otto Theſ. Tom. 2. p. 336. lieſt ſex verbis, nemlich: nepos neptis, poſtumus poſtuma | heredes ſunto. Hotomann nahm hier die Formel an: Si quis mihi nepos etc. poſt mortem meam natus erit. Govean: Si filius meus heres non erit, tunc qui poſthumus ex eo mihi naſcitur, heres eſto, Altamiran. ad Quaeſt. Scaevol. Meerm. Theſ. Tom. 2. p. 464. ſq. faßt ſie: Si quis mihi ex filio nepos natus erit, heres eſto: oder: Item inſtituo nepotem, qui mihi naſcetur ex filio poſt mortem meam, oder: qui poſt mortem ex filio nepos ſuus naſcitur, oder: quod ſi filius vivo me ſuus eſſe deſierit, qui ex eo mihi naſcetur, heres eſto, oder: filium et nepotem, qui ex eo mihi naſcitur, heredem poſt mortem meam inſtituo.

§. 494. Sowohl den Tod des Sohnes, als auch jede andere Art, wie er ſuus zu ſeyn aufhören kann, und welche den poſtumum Aquillianum zum unmittelbaren Erben des Teſtirers macht, beſonders auszudrücken, iſt, da ſie unter der Aquillianiſchen Formel allgemein gefaßt, ſchon an ſich begriffen ſind, ebenfalls nicht nöthig. L. 29. §. 6. eod. Quid ſi, qui filium apud hoſtes habebat, teſtaretur? Quare non induxere, vt, ſi antea, quam filius ab hoſtibus rediret, quamvis poſt mortem patris, decederet: tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis poſt mortem ſcilicet avi, naſceretur, non rumperet? Nam hic caſus ad L. Vellejam non pertinet. Melius ergo eſt, vt in ejusmodi vtilitate, praeſertim poſt legem Vellejam, quae et multos caſus rumpendi abſtulit,

lit, interpretatio admittatur: vt inſtituens nepotem, qui ſibi poſt mortem ſuus naſceretur, recte inſtituiſſe videatur, quibuscunque caſibus nepos poſt mortem natus ſuus eſſet, rumperetque praeteritus. Atque etiam ſi generaliter quicquid ſibi liberorum natum erit poſt mortem: aut: quicunque natus fuerit, ſit inſtitutus: ſi ſuus naſceretur. Wenn der Enkel nach des Teſtirers Tode gebohren worden, da der Sohn in der Kriegsgefangenſchaft geſtorben, entweder ſo, daß zugleich der Sohn nach dem Tode des Teſtirers (poſt mortem patris) mit Tod abgegangen, und hernach der Enkel gebohren, oder daß der Enkel, nach des Teſtirers Tode, bey Leben des Sohns, (vivis illis) zur Welt gekommen; ſo iſt es in allen Fällen ſo gut, als wenn der Enkel nach dem bey Leben des Teſtirers erfolgten Tode des Sohnes, und zugleich nach des Teſtirers Tode geboren wäre. Das vivis illis iſt aus Nachläßigkeit, ſtatt: vivo illo, geſezt. Nam hic caſus ad L. Vellejam non pertinet, will ſagen: Die Fälle, da nach dem Tode des Teſtirers der Enkel gebohren wird, gehören nicht zu dem L. Velleja. Alſo muß man ſie ſuchen unter die Aquillianiſche Formel zu ziehen. Melius ergo eſt etc. heiſt: es iſt vernünftig, daß in einer ſolchen, Begünſtigung verdienenden Sache, (in ejusmodi vtilitate) und da der L. Velleja in mehrerley Fällen für die Gültigkeit der Teſtamente geſorgt hat, man auch die Aquilliſche Formel auf mehrere Fälle ziehe. Das Vellejiſche Geſetz redete von allen Fällen, wo bey Leben des Großvaters der Enkel von dem jezt lebenden Sohne als poſtumus ſuus, alſo nachdem der Sohn auf irgend eine Art entfernt worden, gebohren werden würde. Ob aber gleich die Aquilliſche blos auf den Todesfall des Sohns vom Erblaſſer gerichtete Formel an ſich nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden konnte, ſo geſchahe es doch, weil das Vellejaniſche Geſetz die Aquilliſchen Poſtumos erweitert, und bey

den Fällen, wovon es redete, alle Arten des Abgangs des Sohnes begriffen hatte. Daß ein Erblaſſer ausdrücklich auf andere Fälle, als auf den Tod des Sohnes, die Aquilliſche Formel richten könne, mochte ſchon vor dem L. Iunia Vell. eingeführt ſeyn. Aber den Gebrauch unter allgemeinen Ausdrücken alle Fälle zu begreifen, nahm man erſt nach dem L. Vell. an. Das Vellejaniſche Geſetz redete zwar nicht von den Fällen, wo nach dem Tode des Großvaters der Enkel gebohren wird. Man konnte aber in ſolchen Fällen von dieſem Geſetz eine Analogie entlehnen.

§. 495. A. Faber Conject. L. 9. c. 4. will ſtatt: illis vivis poſt mortem ſcilicet avi naſceretur, beſſer: illis vivis naſceretur leſen, und poſt mortem ſcilicet avi wegſtreichen. Illis vivis ſoll alſo heiſſen: bey Leben des Erblaſſers und ſeines Sohnes. In ſolchem Falle ſey weder die Aquilliſche Formel, noch das Vellejaniſche Geſetz anwendbar geweſen. Der Sohn ſey in ſolchem Falle, der Natur der Kriegsgefangenſchaft nach, zur Zeit des errichteten Teſtaments, ſchon als geſtorben anzuſehen geweſen, und der Enkel habe ſchon zu ſolcher Zeit die Eigenſchaft eines heredis ſui gehabt. Er habe ſchon vor Aquill. Gallus zu Erben ernannt werden können, und ſey ſolche Ernennung gültig geblieben, wenn hernach der Sohn in der Gefangenſchaft geſtorben. Das Vellejaniſche Geſetz ſey nicht anwendbar geweſen, weil der Enkel, der bey Leben des Vaters und Großvaters in dieſem Falle geboren worden, nicht vollkommen, als ein ſuus, eingetreten. Es habe die Suitas poſtumi immer davon noch abgehangen, ob der Vater aus der Kriegsgefangenſchaft zurückkehren werde, oder nicht, da denn in jenem Fall die Suität weggefallen, die in dieſem ſtatt gehabt. Die Worte: Melius ergo eſt bis zu Ende hält er für einen

Zuſatz des Tribonian, und für: nepos poſt mortem natus ſuus eſſet, lieſt er: nepos ſuus eſſet, und meint, Tribonian ziele auf L. vlt. C. de poſt. hered. inſtit., nach welchem Geſetz diejenigen, welche als poſtumi poſt mortem teſtatoris naſcituri eingeſezt waren, auch denn, als im Teſtament ernannt, angeſehen wurden, wenn ſie bey Leben des Erblaſſers gebohren worden. Bey den Worten: Atque etiam ſi generaliter, etc. lieſt er: vt quicunque natus fuerit, ſtatt: aut quicunque natus fuerit, und erklärt die Stelle ſo, daß wenn einer auf den Fall der Geburt des Enkels nach dem Tode ihn eingeſezt, ſolcher für eingeſezt geachtet werde, er komme ſodenn, oder bey Leben des Erblaſſers zur Welt: (quicunque natus fuerit) wenn er nur als ein ſuus erſcheint, ſi ſuus naſceretur.

§. 496. Gabr. Vallius Ott. Theſ. Tom. I. p. 406. ſq. iſt der Meynung, daß der Fall des Geſetzes unter die Aquillianiſche Formel gehöre. Wenn der Sohn gleich zur Zeit des Teſtaments ſchon in der Kriegsgefangenſchaft war, ſo meint er, müſſe doch gewiſſermaaſſen derſelbe noch als filius ſuus et vivens tempore teſtamenti angeſehen werden, damit die Aquillianiſche Formel paſſe. Ohne Grund iſt, wie er lehrt, die Meynung derer, welche wegen der Worte: poſt mortem ſcilicet avi, das Geſetz vom Fall eines poſtumi pronepotis erklären, wozu keine Anleitung ſich findet. Charond. Veriſimil. c. 15. Ott. Theſ. Tom. I. p. 724. erklärt unſere Stelle von einem Falle, da der Sohn in Kriegsgefangenſchaft war, der Enkel aber vom Teſtirer emancipirt wurde, und deſſen ſchwangere Frau hernach einen Enenkel gebar, und nun der Enenkel gebohren wurde, ehe der Sohn aus der Gefangenſchaft zurück kehrte, der dann nach des Vaters Tode in der Gefangenſchaft ſtarb, und dem Enkel im Tode zum Nachfolger hatte, oder der Enenkel

enkel gebohren wurde, da beyde, Sohn und Enkel, noch lebten. Statt avi lieſt er qui. Donell. opuſc. poſtum. p. 146. lieſt ebenfalls mit Haloander: poſt mortem ſcilicet qui naſceretur, wobey in Gedanken zu ſuppliren: ex illis, nemlich filio et nepote. Majanſ. ad 30 ICtos P. 2. p. 93. lieſt: ab hoſtibus rediret, et quamvis. Nach ihm ſind in dem §. drey Fälle: 1) ſi antequam filius ab hoſtibus rediret, nepos poſt mortem avi naſceretur, 2) quamvis filius apud hoſtes poſt mortem patris decederet, tunc deinde nepos poſt mortem avi ſui naſceretur, 3) quamvis filius apud hoſtes decederet tunc deinde nepos vivis illis, patre ſcilicet et avo, naſceretur. In allen dieſen Fällen habe die Ernennung des Enkels ſtatt.

§. 497. Die Erklärung des A. Faber hat wider ſich, daß der Text ohne Autorität, nach Willkür, zu ſehr verändert werden muß, und daß in der Stelle noch nicht von Vellejaniſchen Fällen die Rede iſt, alſo von einer Geburt des Enkels bey Leben des Teſtirers nicht geredet ſeyn kann. Vallius erklärt richtiger. Charondas aber nimmt zuviel an, das nicht da ſteht. Seine Erklärung läßt ſich nicht gut mit dem Text vereinigen, und erfordert auch Aenderung ohne Autorität.

§. 498. Daß aber die Formel allgemein gefaßt werde, wenn alle Fälle darunter begriffen ſeyn ſollen, erfordert nicht nur dieſe Stelle ausdrücklich, ſondern es iſt dieſem Erfodernis auch §. 5. nicht entgegen, wie einige geglaubt haben. Die Stelle lautet ſo: Et quid, ſi tantum in mortis filii caſum conciperet? Quid enim, ſi aquae et ignis interdictione peteretur? Quid ſi nepos, ex quo pronepos inſtitueretur, vt oſtendimus, emancipatus eſſet? Hi enim caſus, et omnes, ex quibus ſuus heres poſt mortem, ſcilicet avi naſceretur, non pertinent ad legem Vellejam. Sed ex ſententia legis Vellejae

jae et haec omnia admittenda ſunt: vt ad ſimilitudinem mortis caeteri caſus admittendi ſint. Die Worte: vt ad ſimilitudinem mortis caeteri caſus admittendi ſint, hält A. Faber Conject. L. 9. c. 3. für den Zuſatz eines ungeſchickten Erklärers, der gemeint habe, der L. Vell. habe erſt den Gebrauch eingeführt, die andern Fälle, als den Tod, namentlich in die Aquilliſche Formel bringen zu dürfen. Die Worte geben aber nicht eben dieſen Gedanken. Und alſo iſt kein Grund, ſie für eine Verfälſchung zu halten. Ant. Govennus hat, weil er nicht begreifen können, wie L. Velleja hieher komme, die Worte: Sed ex ſententia legis Vellejae etc. für fälſchlich angehängt gehalten. Was jedoch die Worte: Hi caſus non pertinent ad legem Vellejam, ingleichen: ex ſententia legis Vellejae haec omnia admittenda ſunt, hier ſagen ſollen, iſt ſchon bey der vorigen Stelle erklärt. Man ſehe Cheſi Iurispr. R. et A. Tom. 2. p. 252. ſq. Dieſe jetzige Stelle ſoll ebenfalls nichts weiter lehren, als daß man die Aquillianiſche Formel ausdehnen müſſe. Denn dies allein beweiſen die gebrauchten Entſcheidungsgründe, keinesweges aber führen ſie dahin, daß unter dem einen im Teſtament ausgedrückten Falle ſchon an ſich alle übrigen begriffen ſeyen. Sonſt hätte Scaevola §. 6. das wieder aufgehoben, was er §. 5. geſagt hatte. Et quid ſi tantum in mortis filii caſum conciperet, muß daher überſezt werden: Soll ein Teſtirer nur auf den Todesfall des Sohns die Enkel Aquillianiſch zu ernennen die Erlaubnis haben? Gabriel Vallius ad L. Gallus Ott. Theſ. Tom. 1. p. 401. ſq. ſcheint der Meynung zu ſeyn, man müſſe nach dieſem Geſetz unter einem ausgedruckten Falle die übrigen begreifen. Er führt Fälle an, wo der Fall des Todes auf den Fall der Emancipation durch die Erklärung ausgedehnt werde. Sie gehören aber nicht hieher, und vor Iuſtinian war die Ausdehnung

nung eines ausgedruckten Falls auf den andern nicht ausgedruckten, in dieſer Materie nicht angenommen.

§. 499. Man kann nicht nur den Enkel, ſondern auch den Enenkel mit der Aquillianiſchen Formel zu Erben ernennen, ſo daß man auf den Fall, wenn der Enkel ebenfalls mit Tode abgegangen, den Enenkel zu Erben einſetze. L. 29. §. 2. de lib. et poſt. Idem credendum eſt Gallum exiſtimaſſe et de pronepote: vt dicat teſtator: *ſi me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos*, et caetera. A. Faber Conj. L. 9. c. 13. merkt an, daß der Enkel hier nicht habe brauchen erſt zu Erben ernennt zu werden, wie der Sohn es werden muſte. Weil aber das Geſetz davon nicht redet, ſo iſt es unnütz darüber zu diſputiren.

§. 500. Wenn der Sohn noch lebt, braucht der Enkel nicht einmal erwähnt zu werden, wenn er nemlich ſchon vor dem Sohne verſtorben iſt, und denn der Enenkel gebohren wird. L. 29. §. 3. eod. Sed et, ſi vivo filio, jam mortuo pronepote, cujus vxor praegnans eſſet, teſtamentum faceret: poteſt dicere: *ſi me vivo filius decedat, tunc qui pronepos.* Hier muß ſtatt: mortuo pronepote, geleſen werden: mortuo nepote.

§. 501. Oder, wenn beyde, Sohn und Enkel, noch leben, und der Sohn zuvor ernannt iſt, denn der Enkel vor dem Sohne, und hierauf der Sohn verſtirbt, denn der Enenkel nach dem Tode des Teſtirers gebohren wird. L. 29. §. 4. Num, ſi et filius et nepos vivant, concipere vtriſque mortuis, vivo ſe, tunc qui pronepos naſceretur poterit? Quod ſimiliter admittendum eſt; Ita ſane, ſi prius nepos, deinde filius decederet: ne ſucceſſione teſtamentum rumpant. Der Enkel muß hier vor dem Sohne ſterben, damit durch deſſen Ueberleben, wegen der Uebergehung, keine Ruption erfolge. Hat

man den Enkel auf den Fall zu Erben ernannt, ſo war es ſicherer. Zu concipere gehört poterit, und iſt ita teſtator in Gedanken beyzufügen. Bey tunc qui pronepos naſceretur, iſt in Gedanken hinzuzuſetzen, vt is heres eſſet. Sollte der Enkel nach dem Sohne jedoch bey Leben des Großvaters ſterben, ſo würde der Enenkel bon. poſſ. ſec. tab. ſuchen können. L. 12. de injuſt. rupt. irrit.

§. 502. Es konnte ſich zutragen, daß der poſtumus, an welchen der Erblaſſer dachte, als er ſein Teſtament machte, und welchen er, als nach ſeinem Tode zur Welt kommend, zu Erben ernannte, bey Leben des Teſtirers ſtarb, und dennoch das Teſtament nach der Aquilianiſchen Formel galt. Der Fall ſteht L. 29. §. 8. de lib. et poſt. Forſitan addubitet quis, an iſtis caſibus, ſi nepos poſt teſtamentum naſcatur, vivo patre ſuo, deinde ex eo concipiatur, isque vivo patre, deinde avo, naſcatur: an non potuerit heres inſtitui, quia pater ipſius non recte inſtitutus eſſet. Quod minime eſt expaveſcendum. Hic enim ſuus heres naſcitur et poſt mortem naſcitur. §. 9. eod. Ergo et ſi pronepos admittetur: qui natus erit ex nepote, poſtea vivo filio, atque ſi ex eo natus eſſet, adoptatur. Man muß hier nach den Worten folgenden Fall annehmen. Es hat Jemand im Teſtament ſeinen Sohn, und auf den Fall, daß dieſer vor ihm verſterben, und nach des Teſtirers Tode ein Enkel gebohren werden ſollte, den Enkel zu Erben ernennt. Der Enkel kommt zum Vorſchein, aber bey des Teſtirers Leben. Er ſtirbt aber wieder vor ſeinem Vater, und bey Leben des Großvaters. Inzwiſchen verläßt er eine ſchwangere Wittwe. Nun ſtirbt der Sohn des Teſtirers, und hinterher dieſer ſelbſt. Nach ſeinem Tode kommt die vorbenannte ſchwangere Wittwe mit einem Sohne nieder. Gilt nun die Erbeinſetzung des poſtu-

ſtumi? Daß man ſo den Fall ſetzen müſſe, lehrt der Zuſammenhang der Stelle mit dem Vorhergehenden, wo immer von Aquillianiſchen poſtumis die Rede iſt, ingleichen der Schluß unſerer Stelle: et poſt mortem, nemlich teſtatoris, naſcitur. Statt: isque vivo patre, deinde avo, naſcatur, muß bey dieſer Erklärung: isque vivo patre, deinde avo decedat, geleſen werden. Denn von des Enkels Geburt war ſchon geredet, ja ſchon von deſſen Ehe und Kinderzeugung. Die Redensart: isque vivo patre, deinde avo naſcatur, klingt auch ſehr wunderlich und hat keinen Sinn. Aber vivo patre, deinde avo, decedat, hat den Nachdruck, daß der Vater, und auch der Teſtirer noch gelebt, als der Enkel geſtorben. Von dem Enenkel, der gebohren ſey, kann endlich darum nicht geredet werden, weil es am Ende §. 8 heiſt: et poſt mortem naſcitur. Der Enkel, von dem die Rede iſt, kann alſo nicht vivo patre et avo gebohren ſeyn. Bey an non potuerit heres inſtitui muß man in Gedanken hinzuſetzen: conceptus pronepos. Daß von dieſem die Rede ſey, lehrt wieder das Ende. Hic enim ſuus heres naſcitur, et poſt mortem naſcitur. Vor an non potuerit heres inſtitui muß man ebenfalls in Gedanken noch vorausſchicken: poſt mortem autem nepotis deinde filii, tum teſtatoris ſi pronepos edatur. Heres inſtitui iſt denn ſo viel als: ſub heredis inſtitutione comprehendi. Pater ipſius non recte inſtitutus iſt der Vater des Enenkels, der, als nach des Teſtirers Tode zur Welt kommend, den Teſtirer in Gedanken, und dergeſtalt mit der Erbeinſetzung gemeint geweſen, aber bey Leben deſſelben gebohren, ja gar wieder bey ſeinem Leben geſtorben iſt. Aber alles dieſes ſchadet nicht. Die Worte ſind ſo gefaßt geweſen, daß man unter dem Enkel, auch den Enenkel mit begreifen können. Dieſer hat den Teſtirer überlebt. Daß angenommen wird, der Enkel ſey vor dem Sohne geſtorben, iſt geſchehen, weil derſelbe

auf den Fall, der ſich zutrug, übergangen war, daher eine Ungültigkeit würde entſtanden ſeyn, wenn er je des Teſtirers unmittelbarer Erbe geworden wäre. Weil er ſolches nie geworden, er alſo ein Inteſtaterbe des Teſtirers war, ſo ſchadete dieſe Uebergehung nicht.

§. 503. Cujacius meint, die Worte: quia pater ipſius non recte inſtitutus eſſet, zielten auf dieſe Uebergehung. Es kann aber bey Beybehaltung der Worte des Texts nicht ſeyn, weil der herrſchende Gedanke der Stelle alsdenn iſt, wie fern die Ernennung des Enkels zu der Aquillianiſchen Formel paſſe oder nicht. A. Faber Conject. L 9. c. 9. glaubt, der Teſtirer habe ausdrücklich den Enenkel mit erwähnt. Das lehrten die Worte: an non potuerit heres inſtitui. Der Enkel ſey darum nicht gehörig ernannt, weil ſolcher vor ſeines Vaters Ende gebohren worden, und geſtorben, alſo nie ein poſtumus ſuus geworden, ſondern alienus geblieben, mithin nicht ernannt werden können. Der Enenkel ſey mit der Aquillianiſchen Formel ernannt worden. Man habe ihn nicht als Enenkel in dem gegebenen Falle angeſehen, ſondern als den Enkel, um die Unfähigkeit ſeines Vaters zur Einſetzung, welche ſich ſonſt auf ihn erſtreckt, haben würde, zu umgehen. Statt: vivo patre deinde avo naſcatur, lieſt er: mortuo patre, deinde avo naſcatur, und zieht die Worte auf den Enenkel. Donell. Opuſc. poſtum. p. 149. lieſt: concipiatur is, qui mortuo patre deinde avo naſcatur, welches die Beſchreibung des poſtumi pronepotis iſt. Pater non recte inſtitutus erklärt er p. 150. wie A. Faber. Majanſ. ad 30 ICtos P. 2. p. 96. erklärt: naſcatur vivo patre ſuo (et propterea naſcatur alienus praeteritusque cum inſtitutus ſit, vt ſuus) concipiatur (pronepos teſtatoris) isque vivo patre (concipiatur: ita, vt pater hic ſit, non pronepotis, ſed nepotis) deinde avo (nepotis) naſcatur; an (pronepos hic)

hic) non potuerit heres inſtitui, quia pater ipſius (pronepotis) non recte inſtitutus eſſet (vtpote non in omnem caſum inſtitutus, et praeteritus in eum, qui contigit.) Hic enim (pronepos) ſuus heres etc. Die Erklärung des Majans iſt, wie gleich einleuchtet, nicht ſchicklich. Aber des A. Faber und Donell Erklärungen und Abänderungen haben viel für ſich, und ſind beſſer, als die Erklärungen, welche man bey Beybehaltung der Worte zu machen genöthig iſt.

§. 504. §. 9. will Cujacius ſtatt: pronepos admittetur, leſen: nepos omittetur. Es iſt aber keine Veränderung nöthig. Mit Beybehaltung des Texts heiſt die Stelle: Wenn alſo der Enenkel hier zugelaſſen wird, ſo iſt der vom Enkel Gebohrne anzuſehen, als wenn er ſtatt ſeines Vaters, bey Leben des Sohnes, des Teſtirers, an deſſen Enkels, des Sohnes Sohns, ſtatt angenommen wäre, indem er an des Enkels Stelle tritt. A. Faber l. c. lieſt: Ergo et ſic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, poſtea vivo filio, atque ſi ex eo natus eſſet. Adoptatur hält er für fälſchlich angeflickt. Langebeck bey Otto Theſ. Tom. 1. p. 578. ſq. verſteht das adoptatur von dem Enkel, nicht vom Enenkel. Bey einem adoptirten Enkel, der vor dem Sohn verſterbe, ſey es eben ſo, daß ſolcher nicht rumpire. L. 10. de adopt. Es läßt ſich aber ſchwerlich mit den Worten dieſe Erklärung reimen. Cheſi tritt dem Faber bey Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 258. Donell l. c. p. 151. lieſt auch: Ergo et ſic pronepos admittitur, behält jedoch das adoptatur. Vivo filio erklärt er vom Enenkel, der bey Leben des Sohns des Teſtirers gebohren wird, da denn hinterher dieſer Sohn vor dem Teſtirer ſtirbt, und der Enenkel nach dem zweyten Capitel des l. Vell. erben kann. Das adoptatur erklärt er dahin, daß ſolcher Enenkel eben ſo, als wenn ein Fremder, als

Sohn des Enkels vom Teſtirer adoptirt worden wäre, ernannt werden könne. Majanſ. ad 30 ICtos P. 2. p. 97. erklärt: Ergo et ſi pronepos admittetur (vt admitti debere docuimus) qui natus erit ex nepote poſtea (poſt factum teſtamentum;) vivo filio (teſtatoris) atque ſi ex eo (filio teſtatoris) natus eſſet, adaptatur (ad L. Vellejam.) Wenn man alle dieſe Erklärungen überdenkt, ſo wird man finden, daß unſere erſte nach den Worten gemachte Erklärung die natürlichſte und beſte ſey. Die andern alle, auſſer der ſchon verworfenen Langebeckiſchen, erfodern eine Veränderung des Texts, die keine Autorität für ſich hat, und ſind nicht ſo paſſend.

§. 505. Daß die Nachgebohrnen dieſer Art, wenn ſie mit Stillſchweigen übergangen waren, das Teſtament ungültig machten, lehrt auch Paul. Sent. L. 3. tit. 4. B. §. 10. Nepos poſtumus, qui in locum patris ſuccedere poteſt, ab avo aut heres inſtituendus eſt, aut nominatim exheredandus, ne agnoſcendo rumpat teſtamentum.

Dritter Abſatz.

Von Vellejaniſchen Poſtumis.

§. 506. Verordnungen des L. Jun. Vellejae. §. 507. Erſtes Kapitel. §. 508. Erklärungen und Aenderungen verſchiedener Rechtsgelehrten. §. 509. Fall, der unter der Aquillianiſchen und Vellejaniſchen Formel zugleich gezogen werden konnte. §. 510. Anmerkungen verſchiedener Rechtsgelehrten. §. 511. Zweytes Kapitel des L. Vellejae. §. 512. Meynung von den Urſachen des zweyten Kapitels. §. 513. Geſetze von dieſem Kapitel. §. 514. A. Fabers Meynung und deren Beurtheilung. §. 515. Formel des zweyten Kapitels. §. 516. Fernere Stellen von dem zweyten Kapitel.

§. 506.

§. 506.

Noch war nicht eingeführt, daß auch ſolche Nachkommen, welche nach dem Teſtamente, aber bey Leben des Erblaſſers, gebohren wurden, zu Erben ernannt werden konnten. Dies wurde jedoch durch den L. Iuniam Vellejam eingeführt, wie Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 19. oben lehrte. Durch dieſes Geſetz wurde zweyerley neues eingeführt. Erſtlich wurde es nun erlaubt, ſolche, die nach dem Teſtamente, bey Leben des Teſtirers, gebohren würden, zu Erben zu ernennen. Sodenn wurden dieſen nach dem Teſtament gebohrnen Nachkommen die Rechte der poſtumorum gegeben, ohnerachtet ſie es eigentlich nicht waren. Wer bey Lebzeiten des Erblaſſers gebohren worden, war kein poſtumus. Daß alſo deſſen Uebergehung eine Ungültigkeit mache, daß ein Enkel dieſer Art, wenn er männlichen Geſchlechts war, wenigſtens nach verſchiedner Rechtslehrer Meynung, namentlich enterbt werden muſte, daß wenn die Nachkommen unter dieſen Umſtänden weiblichen Geſchlechts waren, ihnen bey der Enterbung inter caeteros ein Vermächtnis gegeben werden muſte, waren lauter neue Wahrheiten. Aber dies Geſetz vermehrte auch auſſerdem die bedingten Ernennungen der liberorum ſuorum. Wenn der Sohn des Erblaſſers jezt noch lebte, ſo konnte dieſer nach dem Teſtamente deſſelben ſterben, nach deſſen Tode bey Leben des Teſtirers ein Kind ihm gebohren werden. Dieſes Kind unbedingt zu Erben zu ernennen, ging eben ſo wenig an, als wenig der poſtumus Aquillianus pure ernannt werden konnte. Aber bedingt ihn zu ernennen, hatte Schwierigkeit. Dieſe hob das Vellejaniſche Geſetz, welches 10 Jahr nach Chriſti Geburt gemacht wurde, erhob ſolche, die bey Leben des Teſtirers, ohne ſui zu ſeyn, gebohren wurden, zu poſtumis, und erlaubte ſie zu Erben zu ernennen.

§. 507. Das erſte Capitel erlaubte bedingt die Enkel dieſer Art zu ernennen, wenn nemlich der Sohn verſterben, nach deſſen Tode aber bey Leben des Teſtirers ihm ein Kind gebohren werden würde. Aber auch von Kindern des erſten Grades, welche nach gemachtem Teſtamente bey Leben des Erblaſſers gebohren werden würden, war in dem erſten Capitel die Rede, welches zwar von vielen geleugnet wird, aber durch die Ausdrücke der Geſetze an mehrern Orten ſich beſtättigt. cf. v. d. Poll. de Exhered. et praeterit. c. 11. §. 3. 4. Cheſi Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 261. lehrt, vor dem L. Iun. Vell. habe man ſolche, die erſt nach dem Teſtamente bey Leben des Teſtirers gebohren wurden, als perſonas incertas, weder einſetzen noch enterben dürfen; ſo wie auch die ſchon vorhandenen Enkel bey Leben des Sohns, auch auf den Fall, daß der Sohn hernach ſtarb, der Einſetzung oder Enterbung unfähig geweſen wären. Dergleichen lehrt Calder. Var. Lect. L. 1. c. 1. Meerm. Theſ. Tom. 3. p. 595. L. 29 §. 11. de lib. et poſt. Nunc de lege Velleja videamus. Voluit vivis nobis natos ſimiliter non rumpere teſtamentum. §. 12. eod. Et videtur primum caput eos ſpectare, qui, cum naſcerentur, ſui heredes futuri eſſent. Et rogo: Si filium habeas, et nepotem nondum natum tantum ex eo heredem inſtituas: filius decedat: mox, vivo te, nepos naſcatur? ex verbis dicendum eſt, non rumpi teſtamentum. Vt non ſolum illud primo capite notaverit: ſi nepos, qui eo tempore inſtituatur, quo filius non ſit: verum et ſi vivo patre naſcatur. Quid enim neceſſe eſt, tempus teſtamenti faciendi reſpici? cum ſatis ſit, obſervari id tempus, quo naſcitur. Num etſi ita verba ſunt: *Qui teſtamentum faciet, is omnes virilis ſexus, qui ei ſuus heres futurus erit*, et caetera, *etiam ſi (vivente) parente vivo naſcantur*. L. 3. §. 1. de Injuſt. rupt. teſt. Poſtumos autem dicimus eos dundaxat, qui poſt mortem paren-

parentis naſcuntur. Sed et hi, qui poſt teſtamentum factum in vita naſcuntur: ita demum per legem Velle- jam rumpere teſtamentum prohibentur, ſi nominatim ſint exheredati. §. 11. will mit den Worten: Voluit etc. ſagen, der L. Iun. Velleja habe dafür ſorgen wollen, daß auch die nach dem Teſtament bey Leben des Teſtirers erfolgte Geburt eines Nachkommen, keine Ungültigkeit mache. §. 12. iſt ſtatt, nondum natum tantum, beſ- ſer: nondum natum tamen mit Haloander und andern zu leſen. Bey ex eo heredem inſtituas muß in Gedanken zugeſezt werden: ſub conditione, ſi pater ejus praemo- riatur, nepos vivo teſtatore natus fuerit. Die Worte des Geſetzes: qui ſuus heres futurus erit ſchloſſen an ſich nicht ſchlechthin den zur Zeit des gemachten Teſtaments ſchon Gebohrnen aus, aber das zweyte Capitel redete erſt von ſolchen ſchon Gebohrnen, und das erſte Capitel erlaubt zu inſtituiren, welches bey ſchon Gebohrnen nicht nöthig war. Daher heiſt es: videtur. §. 11. Si filium — naſcatur? Iſt, will der Juriſt ſagen, wenn dieſer Fall ſich zuträgt, die Verordnung des Teſtaments nach dem Geſetze gültig? Ja, ſagt er, die Worte deſſelben gehen dahin, daß das Teſtament bey ſeiner Gültigkeit in dieſem Falle erhalten werde. Der Enkel, der bey Leben des Vaters zur Zeit des errichteten Teſtaments noch in vtero iſt, iſt nicht wie ein jam natus, quem pater prae- cedit, anzuſehen; ſondern er iſt ſchon nach den Worten des Geſetzes, wenn vor ſeiner Geburt der Vater geſtor- ben, ein Suus bey ſeiner Geburt, und bey dem Anfan- ge ſeiner juriſtiſchen Menſchheit. Bey: Si nepos, qui eo tempore, muß das qui weggelaſſen werden, oder man muß leſen: nepos quis. Eo tempore, quo filius non ſit, heiſt nach dem Tode des Sohns, da nemlich dieſer ſchon vor der Geburt des Enkels geſtorben iſt. Si vivo patre naſcatur, muß heiſſen: Si vivo patre in- ſtituatur, d. i. wenn der Enkel zu Erben ernannt wird,

da zur Zeit des Teſtaments der Vater noch lebt, und dieſes unter der Bedingung geſchieht, falls der Sohn vor dem Teſtirer verſterben, und nach deſſen Tode bey Leben des Teſtirers der Enkel zur Welt kommen ſollte, oder man muß in Gedanken eine Einſchaltung machen, und leſen: vivo patre, (tempore teſtamenti conditi, poſt mortem ejus) naſcatur. Alle dieſe Veränderungen billigt auch Cheſi Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 261. Beſſer iſt es, man behält das naſcatur mit der bemerkten Einſchaltung bey, weil das naſcitur hernach nochmals folgt. Nam etſi ita verba, muß heiſſen: Nam et ita verba. Virilis ſexus wird erwähnt, weil auf dieſe Worte im Vellejaniſchen Geſetze gefolgt iſt: inſtituat aut exheredes nominatim ſcribat. Dieſes leztere war nur bey Enkeln männlichen Geſchlechts und den Söhnen erfoderlich.

§. 508. A. Faber Conjectur. L. 9. c. 17. erinnert, daß der L. Vell. keine Formel vorgeſchrieben, weil ſolches bey einem Geſetze nicht nöthig geweſen; Aquillius Gallus hingegen, als Juriſt, dergleichen nöthig gehabt. Vor dem L. Vell. war nöthig, daß bey Ernennung des Poſtumi allemal der Fall der Geburt nach dem Tode des Erblaſſers ausgedruckt wurde, hernach aber konnte man entweder namentlich auf beyde Fälle, da nemlich bey Leben oder nach dem Tode die Geburt erfolgte, oder ohne alle nähere Beſtimmung den Poſtumus ernennen. Anſtatt: Et rogo, lieſt A. Faber ganz ſchicklich: Ergo, andre haben: Quid ergo. Naſcatur nach: ſi vivo patre läſt er ganz weg, und hält es für unächt, ſo wie auch Donell. Opuſc. poſtum. p. 158. Die Worte am Ende: etiam ſi parente vivo naſcantur, hält er ebenfalls für einen unächten Zuſatz. Er will mit Govean, gegen den Cujacius, is omnis virilis ſexus geleſen haben, weil L. Vell. hier nur von der Einſetzung geredet, in Anſehung dieſer aber zwiſchen den poſtumis weiblichen und männlichen

lichen Geſchlechts kein Unterſchied geweſen. Dieſe Worte bezeichneten alſo den Erblaſſer, ſonſt paſſe der Singularis : qui ei ſuus heres futurus erit, nicht, und es müſte, qui ei ſui heredes futuri erunt, wie Cujacius unwahrſcheinlich verlange, geleſen werden. Es iſt aber unnütz, über die aus dem L. Iun. Vell. genommenen Worte zu ſtreiten, da ſie aus dem Zuſammenhange geriſſen ſind, und man nicht weiß, was damit eigentlich zuſammengehangen hat. Gabr. Vall. Ott. Theſ. Tom. 1. p. 414. will auch ſtatt vivo patre naſcatur, lieber vivo patre inſtituatur leſen, und erklärt die Worte: quo filius non ſit von einem Falle, da der Erblaſſer noch keinen Sohn hatte, und allgemein verordnete: quicunque vivo me ſuus naſcitur, heres eſto. Wenn in dieſem Fall hernach ein Sohn gebohren wurde, dieſer aber bey Leben des Teſtirers mit Hinterlaſſung einer ſchwangern Wittwe verſtarb, welche nach ſeinem Tode bey Leben des Großvaters niederkam; ſo war dieſer Fall unter der Einſetzung und dem erſten Capitel des L. Vell. begriffen. Langebeck Ott. Theſ. Tom. 1. p. 581. faßt das erſte Capitel des L. Vell. ſo: Qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei ſuus heres futurus erit, cum naſcitur, inſtituendi poteſtatem habet: quique ita ſcripti erunt, recte inſtituti ſunto, etiamſi parente vivo naſcantur. Der Codex Florentinus zieht vom §. 12. etwas zu §. 13., ſo aber unrichtig iſt, weil die ganze Stelle zum erſten Capitel gehört, und §. 13. dem zweyten Capitel gewidmet iſt. Daß ſtatt: nondum natum tantum, §. 12. nondum natum tamen geleſen werde, will auch Donell. Opuſc. poſtum. p. 158. Die Stelle: Nam etſi verba etc. lieſt er bis §. 13. non vult lex rumpere teſtamentum, zuſammen. Es ſey dies, meint er, ein Beweis, daß das erſte Capitel von nondum natis rede. Die Worte des L. Vell., ſo hier angeführt ſind, lehrten dies zwar ſchon, wolle der Juriſt ſagen, doch beweiſe

weiſe es noch mehr das zweyte Capitel, welches erſt von jam natis handle. p. 150. Majanſ. ad 30 ICtos, P. 2. p. 99. erklärt: nondum natum tantum (tantum nondum natum, ſive jam conceptum et mox naſciturum) ex eo heredem inſtituas (formula Vellejana). Ex verbis (Legis Vellejae) dicendum eſt — ſi nepos qui (dem) eo tempore inſtituatur, quo filius non ſit (ac proinde naſcens nepos ſuus naſcatur) verum et ſi vivo patre (eodemque filio teſtatoris) naſcatur.

§. 509. Es gab einen Fall, wo es zweifelhaft war, ob er unter die Aquillianiſche oder Vellejaniſche Formel dieſes Kapitels gehörte. Es war der Fall, da nemlich der Teſtirer einen Sohn hatte, von dem die Frau ſich ſchwanger befand, dieſe in die Kriegsgefangenſchaft gerieth, nach des Mannes Tode in der Gefangenſchaft niederkam, ſodenn nach des Teſtirers Tode ſie mit dem Kinde aus der Gefangenſchaft loskam. L. 29. §. 7. de lib. et poſt. Si ejus, qui filium habeat, et nepotem ex eo inſtituat, nurus praegnans ab hoſtibus capta ſit, ibique vivo pariat, mox ille, poſt mortem patris atque avi redeat: vtrum hic caſus ad legem Vellejam reſpiciat, an ad jus antiquum aptandus ſit. Poſſitque vel ex jure antiquo, vel ex Velleja inſtitutus non rumpere. Quod quaerendum eſt: ſi jam mortuo filio, pronepotem inſtituat, redeatque mortuo. Sed cum teſtamentum ab eo non rumpitur: nihil refert, vtrum ex jure antiquo, an ex lege Velleja excludatur. Statt: pronepotem inſtituat, muß es heiſſen nepotem inſtituat. Cujacius will zwar auch ſtatt: inſtituat, beſſer: pariat geleſen haben; das iſt aber nicht nöthig. Er meint nemlich, von Anfange ſey nicht die Rede von dem Falle, da der Sohn zur Zeit; des Teſtaments ſchon geſtorben geweſen. Die Frage ſey auch ſo gut in dem Falle, wo der Sohn noch gelebt, als in dem, wo er geſtorben ge-

we-

weſen, aufzuwerffen. Aber er verſteht die Worte: ſi jam mortuo filio, nepotem inſtituat, unrecht. Sie ſollen heiſſen: wenn der Teſtirer auf den Fall, daß der Sohn vor ihm und vor dem Enkel verſterben ſollte, den Enkel zu Erben ernannt hat. Dies iſt der Fall des erſten Kapitels des L. Vellejae, wenn der Enkel bey Leben des Teſtirers gebohren wird, aber des Aquillius Gallus, wenn ſolches nach deſſen Tode geſchieht. Bey ibique vivo pariat muß man in Gedanken einſchalten: avo teſtatore. Der Enkel war ſo allgemein eingeſezt, daß, man mochte es nach der Formel des Aquillianiſchen oder, nach dem Vellejaniſchen Geſetze beurtheilen, nichts einzuwenden war. Daher läßt der Juriſt die Frage unentſchieden. Nahm man an, der Enkel ſey nach des Teſtirers Tode gebohren, wie er es wirklich war; ſo gehörte der Fall ad jus antiquum. Ius antiquum waren alle Fälle, wo der Deſcendent nach dem Tode des Teſtirers gebohren wird. Nahm man aber, wegen des juris poſtliminii, an, als ob er vor der Gefangenſchaft gebohren wäre: ſo war der Fall des L. Iun. Vellejae da.

§. 510. Faber Conject. L. 9. C. 6. erklärt die Stelle von einem Falle, da die Conception des Enkels erſt nach dem Teſtamente geſchehen und alſo nicht unter das alte Recht, und das Vellejaniſche Geſetz, ſondern unter die Formel des Salvius Iulianus der Enkel gehöre. Das Wort: vivo hält er für unächt. Mit den Worten. Quod quaerendum eſt etc. nimmt er einen neuen Fall an, da nemlich, nach dem Tode des Sohns ein Enkel des Erblaſſers unmittelbarer Erbe zur Zeit des Teſtaments iſt, und dieſem es begegnet, daß ſeine Frau, die ſchwanger geworden, in die Gefangenſchaft geräth. Die poſtumi Salviani gehörten eigentlich zu den Vellejanis, und ſeyen nur durch Vermengung der Kapitel des L. Jun. Vellejae entſtanden. Gabr. Vall. Ott. Theſ. Tom. 1. p 408.

p. 408. verwirft alle Aenderungen des Texts, und nimmt mit Quod quaerendum etc. gleichfalls einen neuen Fall an. Sed cum teſtator etc. heiſt, nach ihm, dies Teſtament werde nicht rumpirt, der Teſtirer möge bey ſeiner Verordnung die Aquill. oder Vellejaniſchen Poſtumos vor Augen gehabt haben. Majanſ. ad 30. ICtos P. 2. p. 95. erklärt: ibique; vivo (avo teſtatore et ejus filio) pariat; mox ille (apud hoſtes natus) poſt mortem etc. — poſſitque (apud hoſtes natus) vel ex jure antiquo etc. Quod quaerendum, eſt (alio caſu) ſi jam mortuo filio, (teſtatoris) pronepotem inſtituat, redeatque mortuo teſtatore, et ante hunc deceſſerit nepos. cujus vxor praegnans ab hoſtibus capta). Sed cum teſtamentum ab eo, (qui apud hoſtes natus et inſtitutus eſt) non rumpitur. — excludatur (a rumpendo teſtamento nepos in priore, pronepos in poſteriore caſu) Man könne aber beſſer, meint er, inſtituatur für excludatur leſen. Wenn der in der Kriegsgefangenſchaft Concipirte und darnach Erzeugte mit der Mutter allein zurück kehrt, der Vater aber in der Kriegsgefangenſchaft ſtirbt, ſo bekommt er nicht das Recht eines Sohnes, und iſt pro ſpurio zu halten. Da der Vater nicht zurückkehrt, hat dieſer das jus poſtliminii nicht. Darunter leidet der Sohn. Anders iſt es wenn die Conception noch vor der Gefangenſchaft erfolgt pag. 96.

§. 511. Wenn der Enkel ſchon zur Zeit des Teſtaments gebohren war, der Sohn aber damals noch lebte; ſo konnte dieſer nach dem Teſtamente ſterben, und dadurch der Enkel des leztern unmittelbarer Erbe werden. Hier war der Enkel noch weniger ein Poſtumus, als in vorigen Fällen des erſten Kapitels. Der Enkel konnte in dieſem Falle nicht wohl unbedingt zu Erben ernannt werden, weil er dem Vater die Erbſchaft erwarb. Indem aber doch hernach der Sohn vor dem Enkel ſtarb, ſo bekam

kam die unbedingte Erbeinſetzung allenfalls eine Gültigkeit. Bedingt aber auf den Fall, daß der Vater vor ihm bey Leben des Teſtirers verſterben würde, ihn zu ernennen, litten die alten Grundſätze nicht. Jedoch das zweyte Kapitel des L. Iun. Vellejae geſtattete auch hier die bedingte Einſetzung. Ja es gab ſogar dem Enkel die Rechte der Poſtumorum, von denen er doch ſo ſehr verſchieden war. Der Enkel konnte unter dieſen Umſtänden nur ein jus accreſcendi, auf den Fall der Uebergehung, verlangen, weil er wie ein anderer bey Leben des Erblaſſers und zur Zeit deſſen Teſtaments ſchon vorhandener Enkel war. Nun aber, da er unter die poſtumos gerechnet wurde, machte ſeine Uebergehung eine Ungültigkeit des Teſtaments.

§. 512. Dies lehrt auch Cheſ. Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 264. Vorher hatten die Enkel des 2ten Kapitels, wie er ſagt, das jus rumpendi nicht, wenn ſie auch übergangen waren. Sie waren überhaupt als übergangene Enkel anzuſehen, die das jus accreſcendi haben. Nun ſie aber poſtumi wurden, entſtand das jus rumpendi. Andere und auch Altamiran. ad Quaeſt. Scaevol. Meerm. Theſ. Tom. 2. p. 426. behaupten, der L. Vell. habe in Anſehung der Inſtitution nichts neues eingeführt. A. Faber Conjeẞt. L. 9. C. 18. hat wieder ſeine eigne Meynung. Die Enterbung ſey bey einem poſtumo alieno vor dieſem L. Vell. nicht gültig geweſen, wenn auch hernach derſelbe ſuus geworden, daher habe L. Vell. beſonders die Gültigkeit der Enterbung eingeführt.

§. 513. Die hieher gehörige Hauptſtelle der Pandecten iſt L. 29. §. 13. de lib. et poſt. Sequenti parte ſuccedentes in locum liberorum non vult lex rumpere teſtamentum. Et ita interpretandum eſt: vt, ſi filium et nepotem et pronepotem habeas: mortuis vti-

que

que pronepos inſtitutus ſuccedens in ſui heredis locum, non rumpat. Et bene verba ſe habent. *Si quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit*, ad omnes caſus pertinentia, quos ſupplendos in Galli Aquillii ſententia diximus. Nec ſolum ſi nepos vivo patre decedat, nec ſuccedens pronepos avo mortuo rumpat. Sed et ſi ſupervixit patri, ac decedat: dummodo heres inſtitutus ſit, aut exheredatus. Non vult lex rumpere iſt hier eben ſo zu erklären, wie §. 11. das Voluit non rumpere Mortuis vtique heiſt ſo viel, als mortuo vtroque nemlich: filio et nepote. Donell. opuſc. poſtum. p. 160. Et, ſi et filium — non rumpat. Das Geſetz verordnet nicht nur, daß ein Enkel auf ſolche Art, wenn man die Bedingung des L. Iun. Vellejae gebraucht, ſondern auch ein Enkel dergeſtalt ernannt, und dadurch Ungültigkeit des Teſtaments vermieden werden könne. Nec ſolum — rumpat. Nicht nur daß in dem Falle, wo der Enkel und der Enenkel bey Leben des Teſtirers in des Sohnes Stelle eintritt, und nun den Teſtirer überlebt keine Ungültigkeit entſtehe. Sed et ſi ſupervixit patri et decedat, ſondern auch alsdenn, wenn erſt der Sohn, und denn der Enkel geſtorben und auf ſolche Art der Enenkel an beyder Stellen eingetreten iſt.

§. 514. Cujacius hat ſtatt; nec pronepos beſſer: nec nepos leſen wollen. Es iſt aber nicht nöthig. In den Worten avo mortuo iſt der Großvater nicht der Teſtirer, ſondern deſſen Sohn, des Enenkels Großvater. Wenn der Enkel den Sohn des Teſtirers überlebt, ſo muß er ſelbſt enterbt, oder eingeſezt ſeyn, ſonſt iſt er übergangen und macht eine Ruption. Stirbt er ſo enterbt oder eingeſezt, und verläſt den Enenkel, der auch ernannt oder enterbt iſt, ſo kann keine Ungültigkeit entſtehen. Dummodo heres zielt auf den Enkel, und iſt nicht, wie einige gemeint, ein

ein unächter Zuſatz. A. Faber Conject. L. 10. c. 2. Die Worte: Et bene verba ſſe habent zielen auf die Allgemeinheit der Ausdrücke dieſes Geſetzes, die eine Ausdehnung der Worte nicht nöthig gemacht. Dagegen die Aquillianiſche Formel speciell auf den Todesfall des Sohns gerichtet war, und erſt durch die Juriſten auf andere Fälle ausgedehnt werden muſte. Donell. opuſc. poſtum. p. 160. lieſt pronepos avo mortuo non rumpat.

§. 514. A. Faber Conject. L. 9. c. 18. ſagt, das zweyte Capitel habe nicht die Erlaubnis ertheilt die Poſtumos, wovon es redet, zu ernennen, auch nicht gezwungen, ſie zu ernennen. Das erſtere ſey ſchon immer zuläſſig geweſen. Das leztere ſey auch nach dem L. Vell. nicht angenommen geweſen. Es ſey auch falſch, was Alciat. behauptet, daß vor dem L. Vell. die Poſtumi dieſer Art das jus rumpendi nicht gehabt, da die Worte der Geſetze ſolchem widerſprächen. L. Vell. würde ſonſt eingeführt haben, daß eine Ruptio mehr entſtanden, da doch zur Aufrechthaltung der Teſtamente dies Geſetz abzielte. Vor dieſem Capitel ſey, wenn man auch die darin beſtimmten Poſtumos enterbt, oder eingeſezt habe, dennoch die Ruption unvermeidlich geweſen. Dies allein habe das Capitel geändert, und verordnet, daß bey geſchehener Einſetzung oder Enterbung weiter keine Ruption bey dieſem Poſtumis ſtatt finden ſollte. L. 9. c. 19. lehrt eben dieſer Faber, nur die Inſtitution habe die Ruption nicht gehindert, wohl aber die Exheredation. Jenes ſey geſchehen, weil der Einſetzung ohnerachtet, der Poſtumus dieſes Capitels in dem Augenblick der Eintretung an ſeines Vaters Stelle als übergangen anzuſehen geweſen. Ein Satz, der ſchwer zu begreifen iſt L. 10. c. 1. wird dieſe Meynung nochmals wiederholt. Man ſieht hieraus, wie A. Faber über dieſen Punkt gewankt. Es iſt nicht erweißlich, daß die poſtumi des zweyten Capitels des L. Vellejae vorher nicht hätten können eingeſezt werden, da ſie keine Poſtumi waren, ob ſie gleich nicht für ſich ſelbſt erwerben

konnten, welches ſich aber, wenn nachher ihr Vater vorweg ſtarb, änderte. Enterbt konnten ſie ebenfalls werden, nur war ihre Enterbung nicht nöthig. Daß ihre Uebergehung ſchon ehemals eine Ruption gemacht, lehren die Geſetze nicht, welche nur dahin gehen, daß durch die Einrichtung des Teſtaments, da zwar die Enkel des zweyten Kapitels unter die Poſtumos verſezt, jedoch deren Inſtitution oder Enterbung an Hand gegeben worden, Ungültigkeiten der Teſtamente verhütet worden.

§. 515. Die Worte des zweyten Kapitels faßt Langebek Ott. Theſ. Tom. 1. p. 581. ſo. Si quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, liberi ejus et caeteri in locum ſuorum heredes ſuccedunto: qui eorum ante inſtituti vel exheredati erunt ſucceſſione rumpunto. Anders faßt die Formel Donell. opuſc. poſtum. p. 156.

§. 516. Von den L. Iunia Velleja, und beſonders deſſen zweyten Kapitel redet auch §. 2. J. de Exheredat. liber. Poſtumorum autem loco ſunt et hi, qui in ſui heredis locum ſuccedendo quaſi agnaſcendo fiunt parentibus ſui heredes. Vt ecce, ſi quis filium et ex eo nepotem neptemve in poteſtate habeat, quia filius gradu praecedit, is ſolus jura ſui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem poteſtate ſint. Sed ſi filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de poteſtate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum ſuccedere, et eo modo jura ſuorum heredum quaſi agnatione nanciſcitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus teſtamentum, ſicut ipſum filium vel heredem inſtituere vel nominatim exheredare debet, ne non jure faciat teſtamentum; ita et nepotem neptemve ex filio neceſſe eſt ei vel heredem inſtituere vel exheredare, ne forte eo vivo, filio mortuo, ſuccedendo in locum ejus nepos neptisve, quaſi agnaſcendo rumpat teſtamentum. Idque lege Junia Velleja proviſum eſt: in

in qua ſimilis exheredationis modus ad ſimilitudinem poſtumorum demonſtratur. L. 13. de injuſt. rupt. teſt. Poſtumorum loco ſunt et hi, qui in ſui heredis loco ſuccedendo quaſi agnaſcendo fuerint parentibus ſuis heredes. Vt ecce ſi filium et ex eo nepotem neptemve in poteſtate habeam: quia filius gradu praecedit, is ſolus jura ſui heredis habet: quamvis nepos quoque et neptis ex eo, in eadem poteſtate ſint. Sed ſi filius meus, me vivo, morietur: aut qualibet ratione exeat de poteſtate mea, incipit nepos neptisve in ejus loco ſuccedere. Et eo modo jura ſuorum heredum quaſi agnatione nanciſcuntur. Ne ergo eo modo rumpat mihi teſtamentum, ſicut ipſum filium vel heredem inſtituere, vel exheredare nominatim debeo, ne non jure faciam teſtamentum, ita et nepotem neptemve ex eo, neceſſe eſt, mihi vel heredem inſtituere vel exheredare: ne forte, me vivo, filio mortuo, ſuccedendo in locum ejus, nepos neptisve, quaſi agnatione rumpat teſtamentum. Idque lege Iunia Velleja proviſum eſt. Man ſieht, daß dieſe Stellen eigentlich nur auf das zwente Capitel des L. Iun. Vellejae hinzielen, und alſo in Erzählung der verſchiedenen Arten der poſtumorum unvollſtändig ſind. In qua ſimilis etc. §. 2. J. ſagt, daß der L. Iun. Velleja in den Fällen, wovon er redet, den Kindern und Enkeln, welche eigentlich keine poſtumi waren, dennoch die Rechte der Poſtumorum gegeben habe. Aut qualibet alia ratione etc, z. E. durch Emancipation.

Vierter Abſatz.

Von Salvianiſchen und Cornelianiſchen Poſtumis.

§. 517. Von Poſtumis Salvianis. §. 518. Anmerkungen einiger Rechtsgelehrten. §. 519. Von Poſtumis Cornelianis. §. 520. Von dem in der Gefangenſchaft erzeugten Enkel, ſo mit dem Vater hernach zurückkehrt.

§. 517.

Von den Fällen des L. Iun. Vellejae war der noch unterſchieden, da zur Zeit des Teſtaments der Sohn noch lebte, nach dem Teſtamente dieſem, bey ſeinem Leben ein Kind erzeugt wurde, denn, nach der Zeit, der Sohn bey Leben des Teſtirers ſtarb, und das erzeugte Kind nun des Großvaters unmittelbarer Erbe wurde. Weil aber dieſer Fall dem 2ten Capitel des L. Iun. Vellejae ſehr ähnlich war, jedoch darin noch nicht veſtgeſezt worden, ſo ſezte ihn Salvius Iulianus noch hinzu, ſo daß darin eben das Rechtens ſeyn ſollte, was in den Fällen dieſes Geſetzes verordnet war L. 29. §. 15. de lib. et poſt. Ille caſus in difficili eſt: ſi filium habeas et nepotem nondum natum inſtituas: isque naſcatur vivo patre ſuo ac mox pater decedat. Non enim ſuus heres eſt tempore, quo naſcatur: nec poſteriori alii ſuccedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui jam natus erit. Denique et ſuperiore capite: vt liceat inſtitui nondum natos, qui, cum naſcentur, ſui erunt, permitti. Poſteriore capite non permittit inſtitui, ſed vetat rumpi: neve ob eam rem minus ratum eſſet, quod ſuccedit. Porro procedere debet, vt vtiliter ſit inſtitutus, (quod nullo jure potuit) qui nondum natus erat. Iuliano tamen videretur duobus quaſi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem; ne rumpatur teſtamentum. Nec poſteriori zu verſtehen: capite L. Iun. Vellejae. Alii ſuccedendo beſſer: alius ſuccedendo etc. Das zweyte Capitel des Geſetzes betreffe nur Enkel, welche zur Zeit des Teſtaments ſchon gebohren ſind. Denique etc. heiſt: das erſte Capitel des L. Iun. Vellejae rede von dem Falle, da der Enkel gleich bey ſeiner Geburt ein unmittelbarer Erbe des Teſtirers iſt. Das zweyte Capitel erlaubt nicht erſt die Enkel in dem Fall dieſes Capitels zu Erben zu ernennen, da ſie ſchon perſonae

ſonae certae ſind, deren Einſetzung nichts im Wege ſteht. Jedoch war dies Capitel nöthig, damit durch die Ereignung des Falles deſſelben keine Ungültigkeit des Teſtaments entſtünde, wenn etwa der Erblaſſer ſolchen übergienge. Vetat rumpi ſorgt dafür, daß durch Uebergehung des Falls keine Ruption entſtehe. Alſo braucht man nicht mit Gabr. Vall. Ott. Theſ. Tom. I. p. 417. anzunehmen, die poſtumi Vell. des zweyten Kapitels haben an ſich nicht zu Erben ernannt werden können, weil man ſie neuerlich für poſtumos gehalten, daher L. Iun. Vell. nöthig geweſen. Porro procedere debet etc. heiſt: Es muß in dem zu Anfange des Paraprahs angegebenen Falle angenommen werden, daß ein noch nicht Gebohrner gültig zu Erben ernannt ſey. Dies war freylich wider die Regel. Iuliano tamen videretur muß beſſer heiſſen: Iuliano tamen videbatur, oder videtur. Duobus quaſi capitibus legis commixtis etc. heiſt: in einem Falle, der gleichſam mit dem erſten und zweyten Capitel des Geſetzes zugleich etwas gemein hat, die Verordnung deſſelben anzuwenden.

§. 518. A. Faber hält dieſe Stelle für ſehr verdorben. Statt: nec poſteriori alii etc. lieſt er: nec poſterior alius ſuccedendo prohiberi videtur rumpere. Poſterior iſt derjenige Enkel, welcher ſuccedendo nach dem zweyten Capitel des L. Vell. rumpirte, wenn keine Ernennung von ihm geſchehen war, und der alſo des L. Iun. Vell. Hülfe nöthig hatte. Statt: procedere lieſt er: praecedere, welches anzeige, daß nach dem zweyten Capitel allemal der ſuccedirende Enkel eingeſezt werden müſſe. Die Worte: quod nullo jure potuit, qui nondum natus erat, ſeyen nicht nach der Florentina als eine Parentheſe zu bezeichnen, weil ſie die Urſach enthalten, warum Salv. Iulianus erſt ſeine Poſtumos Salvianos einführen müſſen, da nach dem zweyten Capitel die Einſe-

tzung derſelben nicht angieng. Majanſ. ad 30 ICtos P. 2. p. 103. erklärt: non enim ſuus heres (dubitandi ratio ex primo capite) nec poſteriori (capite. Alia dubitandi ratio ex ſecundo capite) Denique et ſuperiore capite (alia dubitandi ratio ex primo capite) poſteriore capite non permittit (nova dubitandi ratio ex ſecundo capite.) Porro procedere debet — natus erat, verſiehet er mit einem Signo interrogandi, wie Taurell.

§. 519. Wenn der Sohn bey Leben des Teſtirers in die Kriegsgefangenſchaft gerieth, und darin verſtarb, aber ein Kind verließ, ſo war es, als wenn er zur Zeit, da er in die Gefangenſchaft gerathen, geſtorben wäre. Mithin gehörte das Kind entweder gar nicht unter die wahren und bürgerlich angenommenen Poſtumos, oder es war darunter nach Verſchiedenheit der Fälle zu rechnen, wie man ſich nun leicht ſelbſt die Fälle machen, und darnach, was Rechtens, finden kann. L. 29. §. 14. de lib. et poſt. Videndum num hac poſteriore parte: *Si quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, liberi ejus* et caetera, *in locum ſuorum ſui heredes ſucceduntο:* poſſit interpretatione induci: vt, ſi filium apud hoſtes habeas, nepotem ex eo heredem inſtituas: non tantum ſi vivo te filius decedat: ſed etiam poſt mortem, antequam ab hoſtibus reverſus fuerit, ſuccedendo, non rumpet. Nihil enim addidit, quo ſignificaret tempus: niſi quod (licet audenter) poſſis dicere, vivo patre hunc ſuum heredem eſſe deſiiſſe, licet poſt mortem decedat: quia nec redit, nec poteſt redire. L. 6. §. 1. de injuſt. rupt. irrit. Sed ſi pater ejus, qui mortis avi tempore in vtero fuit, apud hoſtes erat: nepos iſte, patre in eadem cauſa decedente, poſt mortem avi ſuccedendo, teſtamentum rumpet: quia ſupra ſcripta perſona ei non obſtat. Nec enim creditur in rebus humanis fuiſſe, cum in ea cauſa decedat. Quamquam captivus rever-

reverſus, patris ſui injuſtum faceret teſtamentum, in eo praeteritus. Bey L. 6. §. 1. macht A. Faber eine weitläuftige Anmerkung. Conject. L. 9. c. 7. die von keiner groſſen Bedeutung iſt. Vlpian ſagt, der Enkel rumpire das Teſtament in dem angegebenen Falle ſuccedendo. Faber ſagt, es geſchieht agnaſcendo. Vlpian ſagt, es geſchehe ſuccedendo poſt mortem avi. Faber erinnert, daß nach dem Tode des Großvaters ſuccedendo nicht rumpirt werden könne, weil ſuccedendo nur nach dem zweyten Capitel des L. Vell. die Ruptio geſchehe. Endlich kommt er ſelbſt auf die beſte Antwort, daß ſuccedere hier nicht auf die Ruption, ſondern auf die Beerbung des Großvaters Beziehung habe. L. 29. §. 14. hält er die Worte: in locum ſuorum ſui heredes ſuccedunto für unächt L. 9. c. 18., weil die Ruption durch das zweyte Capitel des L. Vell. nicht eingeführt, ſondern gehindert ſey, und Scaevola nur die Worte des Geſetzes: Si quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit erklären wollen. Es müſte ſonſt auch heiſſen: liberi ejus in locum ejus ſuccedunto, ſo daß: in locum ſuorum ſui heredes überflüßig ſey. Allenfalls müſſe man leſen: ſuccedentes rumpunto. Conject. L. 10. c. 3. erklärt er die Meynung des Scaevola wegen des gefangenen Sohns dahin, daß hier die Fictio legis Corneliae nicht ſtatt habe, welche nur der Erblaſſer und Patrumfamilias wegen eingeführt worden. Dagegen ſey hier das jus poſtliminii anzuwenden. Der leztere Satz iſt aber billig zu verwerfen, weil das jus poſtliminii eine Rückkehr aus der Gefangenſchaft erfordert. Die Sache iſt daher beſſer aus den Grundſätzen herzuleiten, daß der Vater von der Zeit, als geſtorben anzuſehen, da er ein Knecht durch die Kriegsgefangenſchaft geworden, und dieſe Eigenſchaft bis an ſein Ende behalten. Weil jedoch, ſo lange er lebte, es noch möglich war, daß er zurückkehrte, ſo hinderte er bey des Teſtirers Lebens, daß er damals noch

nicht als geſtorben angeſehen werden konnte. Dieſe Vorſtellung gieng eigentlich erſt mit ſeinem wahren Tode an, und da dieſer nach des Teſtirers Tode erfolgte, ſo konnte unter dem L. Vell., welcher den Tod bey Leben des Teſtirers erforderte, die Sache nicht gezogen werden. Indem jedoch nur die Hoffnung der Rückkehr, ſtatt des Lebens des Sohns, bis an den Tod des Teſtirers, gedient hatte, ſo war es nicht ganz unnatürlich, den Tod des Sohns, als bey Leben des Teſtirers erfolgt, anzuſehen. Weil nun keine gewiſſe Zeit des durch die Knechtſchaft entſtandenen bürgerlichen Todes hier anzunehmen, ſondern nur überhaupt, daß ſolcher bey Leben des Teſtirers erfolgt, zu ſagen war; ſo mag es daher auch ſeyn, daß der Juriſt nicht unterſcheidet, ob die Gefangenſchaft ſich vor dem Teſtamente, oder erſt hernach ereignet hatte. Nihil enim addidit etc. ſoll heiſſen: Man könnte ſich zwar damit helfen, daß man ſagte, das zweyte Capitel ſchlieſſe nicht ſchlechthin den Fall des Eintretens des Enkels an des Vaters Stelle nach des Teſtirers Tode aus, weil darüber im L. Iun. nichts beſtimmt ſey. Aber ohne dieſe Ausflucht, kann man auch, wiewohl mit einiger Kühnheit, ſagen, daß der Sohn, als bey Leben des Teſtirers geſtorben, angeſehen werden müſſe. v. d. Poll de exheredat. et praeterit. cap. 14. Donell. Opuſc. poſtum. p. 161. erklärt das: videndum num poſſit induci ſo, als wenn es hieſſe: mihi videtur, poſſe induci. Nihil enim addidit, quo tempus ſignificaretur, ſoll ein ſcheinbarer Grund ſeyn, den aber der Juriſt für verwerflich hält. Daher ein beſſerer folgt: niſi poſſis dicere. Die Frage iſt, ob, wenn der Sohn in der Gefangenſchaft nach des Vaters Tode verſtirbt, ſolches zu dem zweyten Kapitel des L. Iun. Vellejae zu rechnen. Dies Kapitel ſezte den Tod des Sohnes bey Leben des Teſtirers voraus. Jedoch der Tod nach dem Teſtirer, in der Kriegsgefangenſchaft, war wie ein Tod bey Leben des Teſtirers an-

zuſehen. Was nur hier vom 2ten Capitel des L. Iun. Vellejae entſchieden wird, läßt ſich leicht auf alle andere Fälle nach ähnlichen Grundſätzen anwenden.

§. 520. Ein in der Kriegsgefangenſchaft vom Sohne erzeugtes Kind, tritt, wenn es hernach nebſt dem Vater zurückkommt, eben ſo als Enkel in ſeines Vaters Stelle, als wenn er in der Freyheit erzeugt wäre, und hat eines ſolchen poſtum. Rechte. L. 6. §. 2. de injuſt. rupt. irr. Sive autem in civitate nepos fuit conceptus, ſive apud hoſtes: quoniam datur et partui poſtliminium: ſuccedendo teſtamentum rumpit. Nur muß der Vater zugleich zurückkehren. L. 1. C. de poſtlim. A. Faber Conject. L. 9. c. 8. hält das Wort: conceptus in dieſer Stelle für unächt. Ein in der Kriegsgefangenſchaft concipirter Enkel habe, wenn er zurückkehre, kein jus poſtliminii, weil er nie Bürger geweſen. Wenn der Enkel aber in der Freyheit concipirt worden, ſo habe er bey dem Großvater die Rechte eines poſtumi, falls der Vater zur Zeit des Teſtaments in der Gefangenſchaft geweſen, und hernach darin geſtorben, er, der Enkel, möge zur Zeit des Todes des Großvaters frey, oder auch noch in der Kriegsgefangenſchaft ſeyn, oder zur Zeit des Teſtaments darin geweſen ſeyn, genug, wenn er nur zurückkehrte. Das in der Freyheit concipirte Kind, ſo hernach in die Kriegsgefangenſchaft gekommen, habe nicht ſowohl jus poſtliminii, als vielmehr die Regel für ſich: ſervus habetur pro ingenuo, ſi mater per momentum temporis in graviditate libera fuit. Jedoch ein partus in captivitate conceptus hat zwar an ſich kein jus poſtliminii: wenn aber ſein Vater ein paterfamilias iſt, und mit ihm zugleich gefangen geweſen, und zurückgekehrt iſt, ſo übt dieſer jura poſtliminii in Anſehung des Kindes. Das Succedere wird auch hier, wie §. 1.

gebraucht. Es iſt nicht von der Succeſſione Vellejana die Rede, ſondern vom Fall, wo nach des Teſtirers Tode der Enkel ein Suus wird.

Fünfter Abſatz.

Fernere allgemeine Anmerkungen von Poſtumis.

§. 521. Wenn der Enkel das Teſtament durch ſein Daſeyn ungültig machen ſoll, ſo muß der Sohn, ſein Vater, vor dem Erblaſſer geſtorben ſeyn. (§. 448.) §. 522. Wie der Sohn vor dem Teſtirer aufgehört habe, dem Enkel im Wege zu ſeyn, iſt einerley. §. 523. Dem ernannten Poſtumo und quaſi poſtumo ſchadet nicht, daß er nach dem Teſtamente ſeine Suität verlohren hat. §. 524. Geſetz vom Unterſchiede zwiſchen ſchon Gebohrnen und Poſtumis. (465.) §. 525. Die Ernennung eines fremden Kindes, ſo ſchon gebohren, galt auch ſchon ehemals, wenn gleich der Erblaſſer es ſich als noch ungebohren vorgeſtellt und dergeſtalt eingeſetzt hatte. §. 526. Meynungen der Rechtslehrer. §. 527. Der Sohn muſte bey der eventuellen Erb-Ernennung des Enkels allemal zuerſt ernannt werden. §. 528. Die Ernennung des Poſtumi iſt ungültig, wenn der ausgedruckte Fall derſelben nicht genau eintrift. §. 529. A. Fabers Erklärung. §. 530. Ruckers Erklärung.

§. 521.

Bey den Vellejaniſchen, Aquillianiſchen und Salvianiſchen poſtumis nepotibus wurde allemal vorausgeſezt, daß der Sohn vor dem Vater verſtarb, und dergeſtalt der Enkel des Teſtirers unmittelbarer Erbe wurde. Wenn der Sohn den Teſtirer überlebt, ſo kann ſein Kind nicht als poſtumus das Teſtament ungültig machen, wenn gleich der Sohn während des Beſinnens des ernannten Erben, oder da die Bedingung der Erbeinſetzung noch in ſuſpenſo iſt, ſterben ſollte. L. 6. pr. de Injuſt. rupt. Irrit.

irrit. Si quis, filio exheredato, nuru praegnante relicta, deceſſerit: et extraneum ſub conditione inſtituerit: et pendente conditione, poſt mortem patris, vel deliberante herede inſtituto de adeunda hereditate, exheredatus filius deceſſerit: et nepos fuerit natus: an rumpat teſtamentum? Et dicemus, teſtamentum non rumpi: cum nec exheredari hujusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. Plane ſi forte inſtitutus omiſerit hereditatem, hunc avo ſuo futurum heredem ab inteſtato, non dubitatur. Vtrumque propriis rationibus. Nam agnaſcendo quidem is rumpit, quem nemo praecedebat mortis tempore. Ab inteſtato vero is ſuccedit, cui ante eum alii non eſt delata hereditas. Non fuiſſe autem filio delatam hereditatem apparet, cum deliberante inſtituto deceſſerit. Sed haec ita, ſi mortis avi tempore in vtero nepos fuit. Caeterum ſi poſtea conceptus eſt: Marcellus ſcribit, neque vt ſuum, neque vt nepotem, aut cognatum, ad hereditatem, vel ad bonorum poſſeſſionem poſſe admitti. Es wird eines Enkels erwähnt, der bey Leben des Teſtirers ſchon im Mutterleibe war, weil von ihm geſagt werden ſollen, daß er allenfalls ab inteſtato dem Großvater beerbe, wenn die Sache dahin komme. Wenn erſt nach des Großvaters Tode der Mutter Conception erfolgt, ſo geſchieht auch dieſes nicht einmal. Statt: cui antea eum alii non iſt beſſer zu leſen: cui, non ante eum alii. Der Sohn erbte, ehe er ſtarb, weder ab inteſtato, noch ex teſtamento. Non fuiſſe autem etc. Er konnte alſo kein Recht zur Erbſchaft auf ſein Kind bringen. Daß Enkel allemal jure repraeſentationis patris ſuccediren, habe ich in der Abhandlung von der Würkung eines Erb-Verzichts in Abſicht der Nachkommen ausgeführt. Eben dies lehrt L. 9. §. 2. de lib. et poſtum. ſo ſchon oben vorgekommen.

§. 522.

§. 522. Daß übrigens die Eintretung des poſtumi nepotis an die Stelle des Sohnes einerley Rechte habe, der Sohn mag vor dem Teſtirer geſtorben ſeyn, oder auf andere Art aufgehört haben, unter ſeiner Gewalt zu ſtehen, iſt theils ſchon oben da geweſen, theils lehrt es L. 6. §. 4. de injuſt. rupt. irrit. Quocunque autem modo parentes praecedentes in poteſtate eſſe deſierint: ſuccedentes liberi, ſi fuerint inſtituti, vel exheredati, non rumpent teſtamentum: ſive per captivitatem, ſive per mortem vel poenam.

§. 523. Eben ſo iſt die Erbeinſetzung eines quaſi poſtumi nepotis ungültig, es mag derjenige, welcher ſuccedirt, ſolche Qualität nach dem Teſtament, worin dieſe vorausgeſezt iſt, behalten haben oder nicht. Genug er ſteht im Teſtamente, und iſt zur Zeit des Todes des Erblaſſers zu erben fähig. Es iſt gleichgültig, ob er juſt als quaſi poſtumus ſuus oder auf andere Art ſuccedirt. L. 29. §. 16. de lib. et poſtum. Quaeremus tamen, cum recepta eſt Iuliani ſententia, an, ſi naſcatur nepos vivo patre ſuo, deinde emancipetur, ſponte adire poſſit hereditatem? Quod magis probandum eſt. Non emancipatione ſuus heres fieri non potuit. Die Frage betrift eigentlich die poſtumos Salvii Iuliani. Sie iſt aber bey allen quaſi poſtumis auf einerley Art zu entſcheiden. Der Großvater hatte den Enenkel nach dem Teſtamente emancipirt, und nun ſtarb der Vater, hinterher aber der Großvater. Der emancipirte und im Teſtamente ſtehende Enkel erbte nur nicht als heres neceſſarius, ſondern als voluntarius (ſponte adire poteſt hereditatem.) Emancipatione ſuus heres fieri non potuit heiſt: die Emancipation hindert, daß er nicht als ſuus und neceſſarius erbt, aber nicht, daß das Teſtament gültig bleibe. Er erbt als extraneus. A. Faber Conject. L. 10. c. 14. Langebeck Ott. Theſ. Tom. 1. p. 582. lieſt: vivo patre, qui

deinde

deinde emancipetur, und verſteht die Stelle von der Emancipation nicht des Enkels, ſondern des Sohns, der ernannt worden, und ſich zugleich von der Erbſchaft losſagt. In dieſem Falle werde gefragt, ob der Enkel als heres ſuus et neceſſarius eintrete.

§. 524. Daß nach dem, was ausgeführt iſt, ein großer Unterſchied zwiſchen ſchon gebohrnen Kindern und poſtumis im Fall der Uebergehung und ſonſt war, lehrt beſonders L. 3. §. 3. de injuſt. rupt. teſt. Ex his apparet, aliam cauſam eſſe filiorum ſuperſtitum, aliam poſteriorum. Illi injuſtum faciunt: hi rumpunt. Illi ſemper: hi, ſi naſcantur, nec inveniant ſe exheredatos. Superſtites heiſſen hier ſchon lebende, und poſteriores nach der Zeit erſt gebohrne Kinder. Der Unterſchied iſt aber vielfältiger, als er hier angegeben iſt.

§. 525. In den ältern Zeiten durfte man poſtumos alienos noch nicht zu Erben ernennen, ſondern nur poſtumos ſuos. Jedoch, wenn der Erblaſſer würklich das Gegentheil gethan hatte, und das von ihm ernannte Kind, war, ohne daß ers wuſte, ſchon vor dem Teſtamente gebohren, ſo galt die Erbeinſetzung, weil der Erbe würklich kein poſtumus war. In dieſem Falle erbte er, als ein ſchon Gebohrner. Genug er war eingeſetzt, die Einſetzung der Gebohrnen und Poſtumorum iſt eben dieſelbe, und es war nur eine falſa demonſtratio vorhanden, welche keinen Fehler und keine Ungültigkeit macht. L. 25. §. 1. de lib. et poſtum. Lucius Titius cum ſuprema ſua ordinaret in civitate, et haberet neptem ex filia praegnantem, rure agentem, ſcripſit id, quod in vtero haberet ex patre, heredem. Quaero, cum ipſa die, qua Titius ordinaret teſtamentum in civitate, hora diei ſexta, eodem die, albeſcente coelo, rure ſit enixa Maevia maſculum, an inſtitutio heredis

valeat,

valeat, cum, quo tempore ſcriberetur teſtamentum, jam editus eſſet partus. Paulus reſpondit, verba quidem teſtamenti ad eum pronepotem directa videri, qui poſt teſtamentum factum naſceretur. Sed ſi (vt proponitur) eodem die, quo teſtamentum factum eſt, neptis teſtatoris, antequam teſtamentum ſcriberetur, enixa eſſet, licet ignorante teſtatore, tamen inſtitutionem jurefactam videri, recte reſponderi. Es würde eben das noch vielmehr zu ſagen ſeyn, wenn auch vor dem Tage des Teſtaments die Enkelin niedergekommen wäre. Der poſtumus von einer Tochter Enkelin war ein poſtumus alienus. Das Teſtament war zu Mittage gemacht, und des Morgens deſſelben Tages war das Kind ſchon da.

§. 526. A. Faber ſezt den Grund, warum die Erbeinſetzung galt, nicht darin, wie Cujacius, daß es darauf ankam, wie die Sache war, und nicht darauf, wie ſie ſich der Erblaſſer vorgeſtellt. Die Ausdehnung der Verordnung des Erblaſſers auf nicht ausgedruckte Fälle ſey der Regel zuwider. Vielmehr meint er, es ſey in dieſem Falle das ſchon gebohrne Kind, als ein poſtumus angeſehen worden, weil die vorkommenden beſondern Umſtände die Billigkeit erfordert hätten, dieſes zu fingiren. Der poſtumus habe, ob er gleich alienus war, dennoch als ſolcher, nach prätoriſchem Rechte geerbt. Von dieſem prätoriſchen Rechte ſey hier die Rede. Conject. L. 9. c. 2. In Error. pragm. D. 33. E. 6. meint er, der Zweifelsgrund ſey geweſen, daß hier der Erblaſſer einen poſtumum alienum einſetzen wollen, der Entſcheidungsgrund aber, daß der Erzeugte würklich kein poſtumus geweſen, weil er vor dem Teſtamente zur Welt gekommen. Unſtatthaft iſt die Erklärung des Panciroll. Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 1172. der Zweifelsgrund ſey geweſen, daß Titius einen poſtumus von einer Perſon zu Erben ernennt, welche er nicht zur Ehe haben

können.

können. Altamiran. tritt A. Fabern und dem Cujacius zugleich bey. Meerm. Theſ. Tom. 2. p. 455. Averan. Interpr. L. 5. c. 18. lehrt, der Zweifelsgrund ſey blos geweſen, daß die Demonſtratio nicht zugetroffen. Das Teſtament ſey, wie Cujacius glaubt, jure civili gültig. Der Grund war, weil eine falſa demonſtratio keine Ungültigkeit macht, wenn man weiß, von welcher Sache der Erblaſſer rede.

§. 527. Wenn man einen poſtumus, von dem vorausgeſezt wurde, daß ſein Vater vor dem Erblaſſer verſtürbe, und deſſen Vater des Teſtirers unmittelbarer Erbe war, gültig zu Erben ernennen wollte, ſo war nöthig, daß der Vater zuvor zu Erben ernannt wurde. Enterbt konnte er, wie die Alten meinten, nicht werden, weil, wenn er vor dem Teſtirer verſtarb, die Enterbung nichtig war. Uebergangen durfte er, bey Strafe der Ungültigkeit, auch nicht werden. Alſo blieb nichts weiter, als ſeine Erbeinſetzung übrig. L. 29. §. 10. de lib. et poſtum. In omnibus his ſpeciebus illud ſervandum eſt, vt filius duntaxat, qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit heres inſtitutus. Nam fruſtra exheredabitur poſt mortem ſuam. Quod non eſſe neceſſario in eo filio, qui apud hoſtes eſt, ſi ibi decedat. Et in nepote certe et pronepote, quorum ſi liberi heredes inſtituantur, inſtitutionem numquam exigemus, quia poſſunt praeteriri. Statt: Non eſſe neceſſario lieſt man beſſer: non eſt neceſſarium. Stirbt der Sohn in der Kriegsgefangenſchaft, worin er ſchon jezt iſt, ſo iſt er anzuſehen, als wenn er ſchon zur Zeit des Teſtaments nicht mehr vorhanden geweſen. Et in nepote etc. heiſt: Wenn Enkel und Enenkel vorhanden, die nicht unmittelbare Erben des Teſtirers ſind, ſondern neben denen ſich noch die unmittelbaren Kinder und Erben des Teſtirers am Leben finden, welche zu Erben ernannt wor-

worden, (ſi liberi heredes inſtituantur,) ſo iſt nicht nöthig, auch dieſe zu Erben zu ernennen, wenn man für den Enkel, den Enenkel, und für den Enenkel, den Urenkel, auf den Fall, daß jene vor dem Teſtirer verſterben, zu Erben ernennt. Denn jene Enkel und Enenkel ſind nicht Inteſtaterben des Teſtirers, können alſo übergangen werden. Sterben ſie vor dem Erblaſſer, und vor den Söhnen und Enkeln, ſo behalten ſie ihre vorige Eigenſchaft bis an ihr Ende. Sollten ſie aber ihre vorgehende Aſcendenten überleben; ſo wäre es freylich nöthig geweſen, ſie auf dieſen Fall zu ernennen oder zu enterben. Duntaxat ſteht hier im Gegenſatz des in Gefangenſchaft befindlichen Sohns, und des Enkels, deſſen Vater noch lebt. Man ſehe A. Faber Conject. L. 9. c. 10. Der Juriſt will nicht ſagen, daß der Sohn nicht könne enterbt werden, ſondern nur, daß es unnöthig ſey, ihn zu enterben. Denn wenn der Grund des Juriſten auf die Ungültigkeit der Enterbung gienge, ſo könnte man damit ebenfalls beweiſen, daß auch die Erbeinſetzung des Sohns ungültig ſey. Den Sohn allein enterben geht nicht, weil, wenn er vor dem Erblaſſer ſtürbe, eine Uebergehung deſſelben ſich fände. Majanſ. ad 30. ICtos, P. 2. p. 97. erklärt: Non eſſe neceſſario (ſervandum) quorum ſi liberi heredes (qui ſcilicet poſtea ſui heredes fiunt parentibus ſuis praemortuis) quia poſſunt praeteriri (licet praeteriti ac ſuperſtites ſcriptis heredibus accreſcant.)

§. 528. Wer einen poſtumus gültig ernennen wollte, muſte entweder ſo allgemein ſich ausdrucken, daß alle Arten derſelben darunter begriffen werden konnten, oder alle Arten der Fälle genau bemerken, weil vor L. 4. C. de poſt. hered. ein Fall unter dem andern nicht ſtillſchweigend begriffen war, und der Uebergehung wegen alsdenn eine Ungültigkeit entſtand, wenn ein unausgedruckter Fall

Fall ſich ereignete L. 26. de vulg. et pup. ſubſt. Si pater filium impuberem heredem ſcripſerit; et ei ſubſtituerit, ſi quis poſt mortem natus erit, deinde vivo fratre poſtumus natus fuerit: teſtamentum vivo rumpetur. Poſt mortem autem fratris vivo patre natus ſolus patri ſuo heres exiſtet. Es wird von einem Falle geredet, wo der Vater ſeinen Sohn ernennt; wenn aber derſelbe vor ihm verſterben, und nach ſeinem Tode noch ein Kind des Teſtirers zur Welt kommen ſollte; ſo ſolle dieſes erben. Da in dieſem Falle das zweyte Kind des Erblaſſers, bey Leben des ſchon vorhandenen Sohns gebohren wurde; ſo war dies ein unausgedruckter Fall, alſo eine Uebergehung und Nichtigkeit.

§. 529. A. Faber Conjectur. L. 9. c. 5. erklärt dieſe Stelle von der Pupillar Subſtitution und die Worte: poſt mortem natus erit, verſteht er von dem Tode des Teſtirers, nicht des Bruders. Die Worte: vivo patre hält er für einen Zuſatz eines ungeſchickten Erklärers. Wenn der Vater ſeinem Kinde das andere, ſo nach des Vaters und des Pupillen Tode wird gebohren werden, pupillariter ſubſtituirt, und es wird nach des Vaters und des Pupillen Tode ein Kind gebohren; ſo könne gegen das Teſtament nichts geſagt werden. Wenn der poſtumus bey Leben des Vaters gebohren werde; ſo trete die vulgar Subſtitution ein. Wenn der poſtumus zugleich bey Leben des Bruders gebohren werde, ſo falle die Diſpoſition hinweg, weil eine Uebergehung vorhanden. Weil hier A. Faber eine ſtillſchweigende vulgar Subſtitution annimmt, die er aber in Error. pragm. wieder geleugnet, ſo erklärt er auch D. 53. E. 1. dieſe Stelle wieder anders. Hier ſey Subſtit. pupillar. expreſſa vorhanden, nemlich durch den allgemeinen Ausdruck: ſubſtituerit. Vivo patre läßt er hier paſſiren.

§. 530. Rücker Interpr. L. 2. c. 7. hält die Erklärung, da man meint, der poſtumus ſey dem Impuberi ſubſtituirt, welche faſt alle annehmen, für faſch. In ſolchem Falle würde allemal, ohne Unterſchied, der poſtumus allein Erbe ſeyn. Des Julian Diſtinctionen ſeyen alſo unnütz. Vielmehr rede das Geſetz von einem Falle, da ein dritter dem Impuberi auf den Fall ſubſtituirt worden, daß der poſtumus nicht gebohren werde, zugleich der poſtumus dem Impuberi zum Miterben an die Seite geſezt worden. Wenn hier der poſtumus bey Leben des Teſtirers gebohren werde, ſo lebe entweder der Impubes noch oder nicht. In jenem Falle werde das Teſtament rumpirt, ohne daß der poſtumus allein Erbe werde. In dieſem Falle hingegen werde es zwar auch rumpirt, aber der Poſtumus werde zugleich alleiniger Erbe. Wird der poſtumus nach dem Tode des Teſtirers gebohren, ſo lebt entweder der Impubes noch; und nun werden beyde Kinder Erben, oder er iſt geſtorben; ſo erbt der Poſtumus neben dem Subſtituten. Warum aber in dieſem Falle der Subſtitut mit erben ſolle, iſt nicht abzuſehen. Ueberhaupt iſt auch der vom Rücker angegebene Fall in den Worten des Geſetzes nicht zu finden.

Dritte Abtheilung.

In Anſehung der emancipirten Kinder.

§. 531. Bürgerlich und prätoriſch Recht davon. §. 532. Neuere Verordnung in Anſehung emancipirter Töchter.

§. 531.

Der väterlichen Gewalt entlaſſene Söhne erbten ehemals nach bürgerlichem Rechte vom Vater als Inteſtat Erben nichts.

nichts. Daher war auch nach dieſem Rechte gegen das Teſtament nichts einzuwenden, ſie mochten enterbt, ernannt, oder übergangen ſeyn. §. 3. J. de Exhered. liber. Emancipatos liberos jure civili neque heredes inſtituere, neque exheredare neceſſe eſt: quia non ſunt ſui heredes. Sed praetor omnes, tam foeminini ſexus, quam maſculini, ſi heredes non inſtituantur, exheredari jubet; virilis ſexus nominatim, foeminini vero inter caeteros: quia ſi neque heredes inſtituti fuerunt, neque ita, vt diximus, exheredati, promittit eis praetor contra tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 23. Mancipatos liberos, cum jure civili neque heredes inſtituere, neque exheredare neceſſe ſit, tamen praetor jubet, ſi non inſtituantur heredes, exheredari, maſculos omnes nominatim, foeminas vel inter caeteros. Alioquin contra tabulas bonorum poſſeſſionem eis pollicetur.

§. 532. Die bonorum poſſeſſio contra tabulas half in den ältern Zeiten den übergangenen emancipirten Töchtern mehr, als das bürgerliche Recht den nicht emancipirten. Die bonorum poſſeſſio warf das ganze Teſtament um, das bürgerliche Recht gab aber nur ein jus accreſcendi. Jedoch konnten auch nicht emancipirte Töchter ſich der bonorum poſſeſſionis bedienen. Alsdenn genoſſen ſie gleiches Recht mit den emancipirten. Dies hob Antoninus auf L. vlt. c. de lib. praeter. Seitdem haben vermuthlich auch die emancipirten Töchter nicht mehr Rechte bey der bonorum poſſeſſion gehabt, als die nicht emancipirten bey dem bürgerlichen Rechte.

Vierte Abtheilung.

In Anſehung der adoptirten Kinder.

§. 533. Verhalten des Teſtirers gegen Pflege-Kinder.

§. 533.

Pflege Kinder genoſſen mit den rechten Kindern gleiche Befugniſſe. §. 4. I. de Exhered. liber. Adoptivi liberi quamdiu ſunt in poteſtate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus ſunt juſtis nuptiis quaeſiti. Itaque heredes inſtituendi vel exheredandi ſunt, ſecundum ea, quae de naturalibus expoſuimus. Emancipati vero a patre adoptivo, neque jure civili, neque eo jure, quod edictum praetoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, vt ex diverſo, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem ſunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, vt eos neque inſtituere, neque exheredare neceſſe ſit: cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea cauſa eſſe, in qua futuri eſſent, ſi a naturali patre emancipati fuiſſent. Der an Kindes ſtatt angenommene Sohn erhielt, ſo lange er von dem Pflege Vater nicht emancipirt worden, weder ein bürgerliches Recht gegen das Teſtament ſeines leiblichen Vaters, noch half ihm der Prätor dagegen. Ab inteſtato gab ihm dieſer nur die Succeſſion ex edicto vnde cognati. Nach der Emancipation von Seiten des Pflegevaters bekam er die Rechte eines emancipirten Sohnes in Anſehung des leiblichen Vaters wieder, wenn die Emancipation bey Lebzeiten des leiblichen Vaters geſchahe.

Fünf-

Fünfte Abtheilung.

In Anſehung der Kinder weiblicher oder cognatiſcher Aſcendenten.

§. 534. Pflicht dieſer Aſcendenten gegen die Kinder im Teſtamente.

§. 534.

Wenn eine Mutter, oder anderer weiblicher Aſcendent, oder ein Aſcendens cognatus das Teſtament machte, ſo waren die Deſcendenten, in Anſehung deren, wie Fremde anzuſehen. Sie erbten von dieſen Aſcendenten nicht einmal ab inteſtato. Daher war auch gegen das Teſtament, worinnen ſie übergangen waren, nichts zu ſagen. §. 7. J. de Exhered. liber. Mater vel avus maternus neceſſe non habent liberos ſuos aut heredes inſtituere, aut exheredare: ſed poſſunt eos ſilentio omittere. Nam ſilentium matris aut avi materni et caeterorum per matrem aſcendentium tantum facit, quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, ſi eum eamve heredem non inſtituat, exheredare neceſſe eſt, ſive de jure civili quaeramus, ſive de edicto praetoris, quo praetor praeteritis liberis contra tabulas bonorum poſſeſſionem promittit. Sed aliud eis adminiculum ſervatur, quod paulo poſt vobis manifeſtum fiet. L. 15. C. de inoff. teſt. Filiam praeteritam a matre ad ſucceſſionem ejus citra inofficioſi querelam adſpirare non poſſe, explorati juris eſt. In dem Falle, da die Mutter und Conſorten den Kindern im Teſtamente nichts verlaſſen hatten, gab nicht einmal der Praetor bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Das adminiculum wor-

auf am Ende gezielt wird, iſt die quaerela inofficioſi teſtamenti, welche den enterbten oder übergangenen Kindern gegen das Teſtament der Mutter und Conſorten gegeben wurde.

Sechſte Abtheilung.

In Anſehung der Unehlichen.

§. 535. Rechte der Unehlichen in Anſehung des Teſtaments der Eltern.

§. 535.

Unehliche waren in Anſehung des Vaters als Fremde anzuſehen. In Anſehung der Mutter und mütterlichen Aſcendenten hatten ſie das Recht, was eheliche Kinder.

Zweyter Theil.

Neuere Grundſätze.

Erſter Abſchnitt.

Aenderungen ſo vor der Novell. 115. gemacht worden.

§. 536. Der Unterſchied zwiſchen Söhnen, Töchtern, Enkeln und Poſtumis iſt aufgehoben. §. 537. Bey poſtumis begreift ein ausgedruckter Fall die übrigen nicht ausgedruckten in ſich. §. 538. Ob der Unterſchied zwiſchen Suis und Emancipatis aufgehoben ſey. §. 538 b. Von adoptirten Kindern. §. 539. Gleichheit der Söhne und Töchter ab inteſtato. §. 540. Fernere Erklärung des L. 4. C. de lib. praeter. §. 541. Beſtärkung des Satzes, daß der Unterſchied zwiſchen Suis und Emancipatis in cauſa teſtati nicht aufgehoben ſey. §. 542. Von Ernennung der Töchter und Enkel

Enkel unter Bedingung. §. 543. Von den Kindern der weiblichen oder cognatiſchen Aſcendenten. §. 544. Von unehlichen Kindern. §. 545. Vom Rechte der Aſcendenten gegen das Teſtament der Deſcendenten. §. 546. Der Geſchwiſter.

§. 536.

Juſtinian hat in Anſehung der Töchter, Enkel und poſtumorum eine große Aenderung gemacht. Alle dieſe ſollen gleiche Rechte mit den ſchon gebohrnen Söhnen haben. Alſo iſt alles jus accreſcendi im Fall der Uebergehung aufgehoben und auch bey Töchtern und Enkeln macht dieſelbe eine Nichtigkeit. Alle Enterbung muß namentlich geſchehen und Töchter und Enkel können nicht anders enterbt werden, wie Söhne. Poſtumi können, nachdem auch poſtumi alieni der Ernennung fähig ſind, bedingt und unbedingt ernannt werden. Ihre Enterbung kann nie inter caeteros geſchehen. Man braucht ſich nicht mehr um die beſondere Arten der quaſi poſtumorum zu bekümmern und ſie zu unterſcheiden. Alle Nachkommen durch deren künftige Geburt, Entſtehung oder Veränderung es ſich zutragen kann, daß ſie unmittelbare Erben des Teſtirers werden; können auf den Fall ernannt werden.

§. 537. Ein Fall der ausgedruckt iſt, unter welchem man poſtumos erwartet, begreift die unausgedruckten ſtillſchweigend unter ſich §. 5. J. de Exhered. liber. Sed haec quidem vetuſtas introducebat. Noſtra vero conſtitutio inter maſculos et foeminas in hoc jure nihil intereſſe exiſtimans, quia vtraque perſona in hominum procreatione ſimili naturae officio fungitur, et lege antiqua duodecim tabularum omnes ſimiliter ad ſucceſſionem ab inteſtato vocabantur, quod et prae-

tores postea ſecuti eſſe videntur: ideo ſimplex etc. ſimile jus et in filiis et in filiabus et in caeteris deſcendentibus per virilem ſexum perſonis, non ſolum jam natis, ſed etiam postumis, introduxit: vt omnes ſive ſui, ſive emancipati, ſint, vel heredes inſtituantur vel nominatim exheredentur: et eundem habeant effectum circa teſtamenta parentum ſuorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii ſui vel exmancipati habent, ſive jam nati ſint, ſive adhuc in vtero conſtituti, poſtea nati. Circa adoptivos autem filios certam induximus diviſionem, quae in noſtra conſtitutione, quam ſuper adoptivis tulimus, continetur L. 4. C. de liber. praeter. Maximum vitium antiquae ſubtilitatis praeſenti lege corrigimus, quae putavit, alia eſſe jura obſervanda in ſucceſſione parentum, ſi ex teſtamento veniant, in maſculis, et alia in foeminis: cum ab inteſtato ſimile jus vtrique ſexui ſervaverint. Et aliis verbis exheredari filium debere ſanxerunt, aliis filiam: et inter nepotes exheredandos alia jura civilia, alia praetoria introduxerunt: et ſi praeteritus fuerat filius, vel ipſo jure teſtamentum evertebat, vel contra tabulas bonorum poſſeſſionem in totum accipiebat. Filia autem praeterita jus accreſcendi ex jure vetere accipiebat, vt eodem momento et teſtamentum patris quodammodo ex parte jure accreſcendi everteret, et ipſa quaſi ſcripta legatis ſupponeretur. Ex praetore autem habebat contra tabulas bonorum poſſeſſionem in totum. Conſtitutio autem magni Antonini eam in tantum coarctabat, in quantum jus accreſcendi competebat. Qui enim tales differentias inducunt, quaſi naturae accuſatores exiſtunt, cur non totos maſculos generavit, vt vnde generentur, non fiant. Nam hoc corrigentes, majorum noſtrorum ſequimur veſtigia, qui eandem obſervationem colere manifeſtiſſime viſi ſunt. Scimus enim antea ſimili modo et filium et filiam et alios omnes

nes inter caeteros exheredatos ſcribere eſſe conceſſum. Tum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt, et ex hac iniquitate vitium emerſit, quale ex libris Vlpiani, quos ad edictum praetoris fecit, inventum a Triboniano viro glorioſiſſimo, noſtro quaeſtore, caeterisque viris, facundiſſimis, compoſitoribus juris enucleati, ad noſtras aures relatum eſt. Nam cum vltimum adjutorium de inofficioſi querela poſitum eſſet, et nemo ex alio ortus, praeſidio ad hanc decurrere poſſet: inventa fuerat filia praeterita minus habens, quam filia exheredata. Cum enim per contra tabulas bonorum poſſeſſionem, vel jus accreſcendi, ſemiſſem ſubſtantiae filia praeterita accipiebat, et omnibus legata praeſtare compellebatur ſcilicet vsque ad dodrantem ſuae portionis: remanebat ei ſeſcuncia tandummodo in ſua ſucceſſione. Quod ſi fuiſſet exheredata: quarta pars omnimodo totius ſubſtantiae ei relinqui debebat. Et quam injuria dignam pater exiſtimabat, amplius habebat ea, quam taciturnitate in inſtitutione praeteriit. Etſi ſecundum noſtrae conſtitutionis definitionem, quam de ſupplemento quadrantis diſpoſuimus, repletio fuerat introducta: ſimili modo exheredatae in quartam partem repletio accedebat. Et ita vitium permanſit, vt nec ex noſtra conſtitutione emendationem aliquam ſentiret. Sancimus itaque, quemadmodum in ſucceſſionibus parentum, quae ab inteſtato deferuntur, aequa lance et mares et foeminae vocantur: ita et in ſcriptura teſtamentorum eas honorari et ſimilibus verbis exheredationes nominatim procedere, et contra tabulas bonorum poſſeſſionem talem habere, qualem filius, vel ſuus, vel emancipatus, habent, vt et ipſa, ſi fuerit praeterita, ad inſtar filii emancipati vel ſui, vel teſtamentum ipſo jure evertat, vel per contra tabulas bonorum poſſeſſionem ſtare hoc non patiatur. Et haec non ſolum in filiabus obtinere, ſed etiam in nepotibus et nep-

tibus et deinceps obſervari cenſemus ſi tamen ex maſculis progeniti ſint. Sed quia et aliud vitium fuerat ſub obtentu differentiae introductum, et alia jura exheredationis in poſtumis, alia in jam natis obſervabantur: cum neceſſe fuerat, poſtumum inter caeteros exheredatum etiam legato honorari, filium autem jam progenitum etiam ſine datione legati: et hoc breviſſimo incremento verborum ad pleniſſimam definitionem deduximus, ſancientes, eadem jura obtinere, et in poſtumis exheredandis, ſive maſculini ſive foeminini ſexus ſint, quae in filiis et filiabus jam ſtatuimus: vt etiam ipſi vel ipſe nominatim exheredentur, id eſt, poſtumi vel poſtumae facta mentione. Der Grund warum Juſtinian den Unterſchied zwiſchen Söhnen und Töchtern aufgehoben hat, iſt zuerſt die Natur der Sache, welche keinen ſolchen Unterſchied will. Sodann ſind es die 12 Tafeln, in welchen dieſer Unterſchied gegründet war. Hiernächſt das prätoriſche Recht, welches ebenfalls den Unterſchied nicht machte. Der Unterſchied zwiſchen aſcendentibus cognatis und agnatis hingegen iſt nicht aufgehoben, wie die Stelle der Inſtitutionen ſo wohl, als des Codex, zeigt. Dieſer iſt in cauſa teſtati auch durch die Novellen nicht aufgehoben.

§. 538. Einige haben gemeint, daß auch der Unterſchied zwiſchen Suis und Emancipatis aufgehoben ſey. Allein er iſt noch nach dieſen Stellen in der teſtamentariſchen Succeßion geblieben. Daher ſind ſolche nur dahin zu verſtehen, daß ſui und ſuae unter ſich, wie emancipati und emancipatae unter ſich, einander gleich ſeyn ſollen. Jener Uebergehung ſoll ſchlechthin eine Nichtigkeit machen, und ihre Enterbung ſoll namentlich geſchehen. Dieſen ſoll die prätoriſche bonorum poſſeſſio contra tabulas ohne Unterſchied des Geſchlechts einerley Rechte geben.

§. 539.

§. 538 b. Wegen der Pflege Kinder, davon §. 5. J. erwähnt, iſt die Veränderung gemacht, daß die adoptio minus plena den Adoptirten gar kein Recht des Pflegevaters Teſtament anzufechten ertheilt, jedoch in Anſehung des leiblichen Vaters ihnen alle Rechte bleiben, als wenn ſie nicht adoptirt wären. Nur bey den plene adoptatis und arrogatis ſind die vorigen Grundſätze geblieben.

§. 539. L. 4. C. ſezt noch einen Grund der eingeführten Gleichheit zwiſchen Söhnen und Töchtern hinzu, nemlich die ab inteſtato ſich findenden gleichen Rechte der Söhne und Töchter. L. Voconia hatte zwar auch hier ungleiche Rechte eingeführt. Es war aber nicht von langer Dauer, und die Töchter erhielten bald wieder gleiche Inteſtat Succeſſion mit den Söhnen. Aliis verbis exheredari filium, aliis filiam zielt auf die bey Söhnen nöthige namentliche Enterbung und bey Töchtern zugelaſſene Enterbung inter caeteros. Nach prätoriſchem Rechte muſten die männlichen Enkel namentlich enterbt werden, und wenn ſolches nicht geſchehen, hatten ſie bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Nach dem bürgerlichen Rechte war man berechtigt die Enkel inter caeteros zu enterben. Ein filius ſuus hatte bey geſchehener Uebergehung die Wahl, ob er das Teſtament der bürgerlichen Nichtigkeit beſchuldigen, oder dagegen bonorum poſſeſſionem annehmen wollte. Nach der Conſtitutione magni Antonini konnte, eine filia ſua, wenn ſie bonorum poſſeſſionem annahm, nicht mehr das Teſtament ganz umwerffen, ſondern genoß ebenfalls auch hier nur das jus accreſcendi. Vt, vnde generentur, non fiant, heiſt: ſo daß lieber gar keine Weibsperſonen erzeugt würden, welche doch die Mannsperſonen erzeugen müſſen. Nach den 12 Tafeln konnte man alle Deſcendenten, ſowohl namentlich, als inter caeteros enterben. Cum

etiam

etiam centumviri etc. zielt auf die Inofficioſitäts Klage, welche ein Centumvirale judicum war. L. Titia L. Qui repudiantis ff. de inoff. teſt. Wenn dieſe Klage gebraucht werden wollte, und die Tochter war enterbt, ſo muſte ſie wenigſtens den vierten Theil des Vermögens, oder den ganzen Pflichttheil, als die einzige Tochter, haben, wenn ſie befriedigt ſeyn ſollte. Wenn ſie übergangen war, bekam ſie die Hälfte der Erbſchaft neben den fremden Erben jure accreſcendi. Sie muſte überdem legata auszahlen und zufrieden ſeyn, wenn ſie nur den vierten Theil ihrer Portion, oder der Hälfte des Vermögens übrig behielt. Alſo konnte es geſchehen, daß ſie nur anderthalb Unzen übrig behielt de Retes bey Meerm. Theſ. Tom. 6, p, 527. meint, die Querel habe, auch bey der Enterbung der Töchter, nur die Hälfte der Erbſchaft verſchaft, wovon jedoch bey vorhandenem Uebermaas von Legaten wenigſtens der vierte Theil des ganzen Vermögens übrig bleiben müſſen. Unter Diocletian habe die Tochter durch die Querel die ganze Erbſchaft an ſich gebracht. L. 22. C. de inoff. teſt. Nemo ex alio ortus praeſidio ad hanc decurrere poſſet heiſt: Niemand, dem auf andere Art zu helfen war, wurde zur Inofficioſitäts Klage gelaſſen.

§. 541. Contra tabulas bonorum poſſeſſionem talem habere, qualem filius vel ſuus vel emancipatus haberet beſtärkt das, was bey dem §. 5. J. wegen nicht aufgehobenen Unterſchiedes der Suorum und emancipatorum geſagt worden. L. 4. C. iſt das Original, die Inſtitutionen ſind davon nur ein Auszug und müſſen alſo nach dem L. 4. C. erklärt werde. Aus dieſem iſt aber erſichtlich, daß die Töchter nur von emancipirten und nicht emancipirten Söhnen nicht unterſchieden ſeyen, d. i. die nicht emancipirten Töchter mit den nicht emancipirten Söhnen, und die emancipirten Töchter mit den emancipirten Söhnen gleiche Rechte haben ſollen.

§. 542. Nach den neuen Grundſätzen können alſo auch Töchter und Enkel nicht mehr unter einer Caſual-Bedingung ernannt werden, ſondern es iſt bey ihnen ebenfalls nur conditio poteſtativa zuläſſig, wie bey Söhnen. Ob nach der Zeit auch hierin wieder eine Veränderung vorgegangen, iſt anderwärts auszumachen.

§. 543. Bey der Beerbung der Mutter, oder anderer weiblichen Aſcendenten, und der Aſcendentium cognatorum iſt in cauſa teſtati bis zur Novella 115. nichts verändert.

§. 544. Bey unehelichen iſt das alte Recht gleichfalls geblieben.

§. 545. Daß die Eltern von ihren Kindern zu Erben ernannt, oder enterbt würden, gehörte nie zur Form eines Teſtaments. Sie konnten von ihren Kindern auch gültig übergangen werden. Kinder, die unter des Vaters Gewalt ſtunden, konnten kein Teſtament machen. Alſo war die Frage, wegen der Einſetzung oder Enterbung des Vaters bey ihnen vergebens. War ein peculium caſtrenſe vorhanden, ſo fiel alle Beſchwerde des Uebergangegen gegen das Teſtament hinweg. Waren die Kinder emancipirt, ſo waren ſie in Anſehung des Vaters wie Fremde anzuſehen. Die Mutter, weibliche Aſcendenten überhaupt, und Aſcendentes cognati, erbten von den Kindern nicht einmal ab inteſtato. Alſo war ſie noch weniger nothwendig zu Erben zu ernennen oder zu enterben. Alles blieb unverändert bis zur Nov. 115.

§. 546. Bey Geſchwiſtern findet ſich in neuern Rechte eben ſo wenig eine Nothwendigkeit der Enterbung oder Einſetzung, als ſolche in den ältern Rechten gegründet war. Wiefern Deſcendenten, Aſcendenten und Ge-

Geſchwiſtern, welche übergangen werden konnten, eine Inofficioſitäts Klage und Pflichttheil zugekommen, iſt eine andre Frage, die oben da geweſen.

Zweyter Abſchnitt.

Aenderungen, welche in der Nov. 115. in Anſehung der Ernennung oder Ausſchlieſſung der Kinder gemacht worden.

§. 547. Veränderung, ſo beſonders in Anſehung der Enterbung vorgegangen. §. 548. In Anſehung der Uebergehung. §. 549. Beſonders bei denen, welche ſchon vor der Nov. 115. nicht übergangen werden durften. §. 550. Von der Enterbung inter caeteros. §. 55 . Was ſonſt von den rechtmäßigen Urſachen einer Enterbung oder gültigen Uebergehung Rechtens geweſen. §. 552. Ob die von den Kindern verweigerte Trennung ihrer Ehe eine Urſach geweſen. §. 553. Ob aus Haß gegen den Ehegatten die Kinder vom Erbe ausgeſchloſſen werden konnten. §. 554. Zweyte Veränderung in Anſehung der Enterbung. §. 555. Critik des A. Faber. §. 556. Eingang der Nov. 115. §. 557. Veränderung in Anſehung des bey der Querel zu führenden Beweiſes. §. 558. Wiefern die geſetzlichen Urſachen extendirt werden können. §. 559. Ob der Verſtoß gegen die Form der Nov. 115. eine Ungültigkeit mache. §. 560. Ob color furoris bey der Querel nicht mehr nöthig. §. 561. Würkung der Ungültigkeit wegen verlezter Nov. 115. und der Inofficioſität in Anſehung der Anhänge des Teſtaments. §. 362. Meynung des A. Faber. §. 563. Einige beſondere Urſachen der Ausſchlieſſung der Kinder, Ausdehnung der Verordnung von der Anklage auf die Denunciation, ingleichen der Verordnung von Hurerey des Sohns mit der Stiefmutter. §. 564. Fernere Urſachen der Ausſchlieſſung. §. 565. Dergleichen Ausdehnung der Urſach, wo die Tochter durch liederliche Aufführung die Eltern beſchimpft, ingleichen der Urſach, da die Kinder ſich um den Gemüthskranken Vater nichts bekümmert haben. §. 566. Fernere Urſachen. §. 567. Dergleichen. §. 568. Avthentiken aus der Nov. 115. §. 569. Einige der Ausſchlieſ-

ſchlieſſungs = Urſachen der Nov. 115. ſind nicht neu. §. 570. Vor der Nov. 115. führte bey der Querel den Beweis der Kläger. §. 571. Ob ſich noch eine gültige Ausſchlieſſung der Poſtumorum im Teſtamente gedenken laſſe. §. 572. Ehemals bedienten ſich auch Poſtumi der Inofficoſitätsklage. §. 573. Von Enterbung und Ausſchlieſſung der Kinder, ſo noch nicht zu Jahren gekommen. §. 574. Von Uebergehung der Poſtumorum im Teſtamente der Mutter. §. 575. Fall, wo bey ſolcher die Poſtumi ſich der Nullitätsklage bedienten. §. 576. Erklärung des A. Faber. §. 577. Fall, da die Mütter ein Kind übergangen, das ſie für ſchon todt gehalten. §. 578. Von den Legatis in dieſem Falle.

§. 547.

Eine wichtige Veränderung in Anſehung der Enterbung, Einſetzung und Uebergehung der Pflichttheils berechtigten, iſt in der Nov. 115. gemacht. In Anſehung der Enterbung iſt folgende Veränderung vorgegangen. Die Enterbung war ehemals, wenn nur durch ein Vermächtnis oder ſonſt der Pflichttheil übrigens zugetheilt war, ſo gut, als die Einſetzung. Aber nach der Nov. 115. c. 3. und 4. iſt, wie bey deren Erklärung ſich unten finden wird, bey Deſcendenten und Aſcendenten dieſer Grundſatz aufgehoben. Die Enterbung erhält durch dergleichen Vermächtnis keine Gültigkeit, ſo ſie nicht ſchon an ſich hat. Das heißt, der Pflichttheil muß den Kindern und Aſcendenten titulo inſtitutionis verlaſſen werden. Bey Geſchwiſtern iſt das alte Recht geblieben. Toullien Collectan Diſſ. 9. de port. legit. tit. inſtit. relinq. Daß auch ein Legatum legitimae noch zuläßig ſey, lehrt Otto Comm. ad Inſt. p. 299. fälſchlich.

§. 548. Die Kinder zu Uebergehen iſt an ſich noch geſtattet, wenn weibliche oder cognatiſche Aſcendenten das

Te=

Teſtament machen. Juſtinian hat in der Inteſtat Succeſſion den Unterſchied der weiblichen und männlichen Aſcendenz, ingleichen der Agnaten und Cognaten aufgehoben. Daß aber ein gleiches bey der Teſtaments Vererbung geſchehen ſey, findet ſich nirgends. Jedoch muß nach Nov. 115. c. 3. wenn die Kinder übergangen werden wollen, eine der beſtimmten Urſachen vorhanden ſeyn, und ſolche im Teſtamente ſtehen. Uebergeht man ſie aus andern Urſachen, oder ſteht die rechtmäſige Urſach der Uebergehung nicht im Teſtamente, ſo gilt das Teſtament nicht. Daher iſt dasjenige ohne Nutzen, was A. Faber Err. pragm. D. 20. E. 9 von dem Unterſchiede lehren will, ob, wenn eine Mutter einen poſtumum übergangen, dabey ein Unterſchied zu machen, ob ſie deſſen Geburt nachher erfahren oder nicht, um danach die Gültigkeit der Legaten zu beſtimmen. Nach der Nov. 115. läßt ſich keine gültige Uebergehung eines poſtumi bey der Mutter gedenken. Wenn poſtumi von der Mutter übergangen werden, ſo iſt allemal eine Ungültigkeit da, welche das ganze Teſtament und alle Legata umwirft.

§. 549. Diejenigen Kinder, welche ſchon vor dieſer Nov. 115. nicht übergangen werden durften, durften es auch nach der Novelle nicht, und macht bey dieſen die Uebergehung ſchon an ſich eine Nichtigkeit, welche Erbeinſetzung und Legata ungültig macht A. Faber Err. pragm. D. 20. E. 4. Vinn. Obſ. Sel. L. 2. c. 20.

§. 550. Diejenigen Kinder, welche man übergehen darf, kann man auch inter caeteros in der Form enterben, wie man ſie übergehen darf. Sonſt muß die Enterbung namentlich geſchehen.

§. 551. Eine billige Urſach zur Ausſchlieſſung vom Pflichttheile muſte ſchon in den ältern Zeiten vorhanden

ſeyn.

ſeyn. Nur waren die Urſachen nicht beſtimmt, ſondern dem Ermeſſen des Richters überlaſſen. Auch war nicht nöthig die Urſach im Teſtament auszudrucken. Wenn der Erblaſſer keine hinlängliche Urſach gehabt hatte, es mochte eine ſolche dennoch im Teſtamente ſtehen oder nicht, ſo braucht man allemal die Inofficioſitäts-Klage.

§. 552. Beſonders wird erwähnt, daß es keine billige Urſach ſey, wenn die Eltern die Ehen der Kinder trennen wollen, dieſe aber nicht Luſt haben, ſich trennen zu laſſen. L. 18. C. de inoff. teſt. Cum te pietatis religionem non violaſſe, ſed mariti conjugium, quod fueras ſortita, diſtrahere noluiſſe, ac propterea offenſum atque iratum patrem ad exheredationis notam prolapſum eſſe dicas: inofficioſi teſtamenti querelam inferre non vetaberis L. 20. eod. Filia in orbitate patris relicta, cum marito, cui matre volente nupſit, colens concordiam juſtas offenſionis poſt ejusdem matris poenitentiam cauſas non praeſtat: nec ex momentariis voluntatibus matris nupta atque vidua jure eſſe compellitur.

§. 553. Ingleichen wird ſchon im Codex von Juſtinian entſchieden, daß die Mutter ihr Kind nicht blos aus Haß gegen ihren Mann enterben könne. L. 33. §. 1. C. de inoff. teſt. Legis autem veteris iniquitatem tollentes, vt non diutius erubeſcat lex poſita, quam Iulius Paulus in ſuis ſcripſit quaeſtionibus, hanc piiſſimam aggredimur ſanctionem: cum enim infantem ſuum non poſſe ingratum a matre ſua vocari ſcripſit, neque propter hoc ab vltimae ſuae matris hereditate repelli, niſi odio fecerit ſui mariti, ex quo infans progenitus eſt: hoc iniquum judicantes, vt alieno odio alius praegravetur, penitus delendum eſſe ſancimus, et hujusmodi cauſam liberis non tantum infantibus, ſed etiam quamcunque aetatem agentibus opponi minime concedimus,

cum poſſit ſub conditione emancipationis hereditatem ſuam mater filio derelinquere, et patris odium punire, et juri filii ſui minime nocere, nec ſuam naturam fallere. Satis enim crudele nobis eſſe videtur, eum, qui non ſentit, ingratum exiſtimare. Qui non ſentit zielt auf ein Kind, das noch keine Begriffe von Beleidigung hat. Was von der Einſetzung der Kinder unter Bedingung der Emancipation geſagt worden, deshalb iſt nachzuſehen, was bey L. 25. C. de inoff. teſt. angemerkt worden.

§. 554. Juſtinian aber hat zu der Enterbung, wie zu der vorhin erwähnten Uebergehung der Kinder, die übergangen werden dürfen, die beſondere Form hinzugethan, daß eine gewiſſe Anzahl Urſachen beſtimmt ſind, welche allein zur Ausſchlieſſung vom Erbe hinlänglich ſeyn ſollen, und daß es nothwendig iſt, dieſe Urſachen im Teſtamente ausdrücklich anzuführen. Hoffer de quibusd. exheredat. cauſ. Willenb. de exheredato exheredanti reconciliato, Witzendorf de Exheredat. liberor. ſine parent. conſenſ. nupt. contr. Eckard de Exheredat. filiae turpit. vivent. Gribner de exheredat. liberor. ſine conſenſ. parent. ſponſal. contrah. Krafft de exheredat. ob prodigalit. cum gravi contumac. conjunct. Stoeſſer de exheredat. filiae invito patre nupt. contrah. Dieſe Urſachen dürfen mit andern nicht ausgedruckten nicht vermehrt werden Willenb. de exheredat. cauſ. ſupernumerar. Begram de cauſ. exhered. a Iuſtiniano determ. In Anſehung der Erbeinſetzung der Kinder hatte er ſchon vorhin Veränderungen gemacht, die oben vorgekommen ſind, und wobey er es gelaſſen, ohne in der Nov. 115. c. 3. etwas neues darin einzuführen.

§. 555. A. Faber Err. pragm. D. 14. E. 6. hält dafür, Juſtinian hätte die Einſetzung in parte quota erfor-

fordern, und nicht ſchlechthin die Einſetzung in Legitima oder re certa für hinlänglich achten ſollen, weil ein Inſtitutus in re certa als Legatarius anzuſehen. Die Critic hilft aber gegen das ausdrückliche Geſetz nichts cf. Rave de Interpretat. c. 3. Nov. 115. Hartung. Schedell. de e. q. mutat. Nov. 115. c. exheredat. liberor.

§. 556. **Es wird nöthig ſeyn dieſe Stelle hier näher durchzugehen.** Aliud quoque capitulum praeſenti legi addendum eſſe perſpeximus. Sancimus igitur, non licere penitus patri, vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae ſuum filium, vel filiam, vel caeteros liberos praeterire, aut exheredes in ſuo facere teſtamento, nec ſi per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem: niſi forſan probabuntur ingrati, et ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento. Sed quia cauſas ex quibus ingrati liberi debeant judicari in diverſis legibus diſperſas, et non aperte declaratas invenimus: quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem viſae ſunt: aliquae vero cum eſſent dignae, praetermiſſae ſunt: ideo neceſſarium eſſe perſpeximus, eas nominatim praeſenti lege comprehendere: vt praeter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quae in hujus conſtitutionis ſerie continentur. Cauſas autem ingratitudinis has eſſe decernimus. — Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis cauſas ſive certas ex his: ſive vnam quamlibet parentes in teſtamento ſuo inſeruerint, et ſcripti heredes nominatam, vel nominatas cauſas vel vnam ex his veram eſſe monſtraverint: teſtamentum ſuam habere firmitatem decernimus. Si autem haec obſervata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari: ſed quantum ad inſtitutio-

 tutio-

tutionem heredum pertinet, teſtamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab inteſtato ex aequa parte pervenire, ne liberi falſis accuſationibus condemnentur, vel aliquam circumſcriptionem in parentum ſubſtantiis patiantur. Si vero contigerit, in quibusdam talibus teſtamentis quaedam legata vel fideicommiſſa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula conceſſa legibus nominari: ea omnia jubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tamquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum. Et haec quidem de parentum ordinavimus teſtamentis. Die Worte: praeterire aut exheredes in ſuo facere teſtamento geben deutlich zu erkennen, daß Mütter und Konſorten noch das Recht der Uebergehung haben, wenn ſie nur wegen der Urſache, warum ſie es thun, die Verordnung der Novelle beobachten. Denn aus dem Zuſatz niſi forſan probabuntur ingrati etc. folgt offenbar, daß wenn eine ſolche cauſa ingratitudinis als erfordert wird, vorhanden und ausgedruckt iſt, die Uebergehung denen genannten Perſonen reſpective geſtattet ſey. Die Worte: nec ſi per quamlibet etc. lehren das, was oben geſagt iſt, daß nemlich die Exheredation durch Vermächtnis und dergleichen nicht gebeſſert wird, wenn ſie ſonſt nicht beſtehen kann, wogegen das Alterthum andere Grundſätze hatte.

§. 557. Niſi forſan probabuntur ingrati enthält wieder eine Neuerung. Ehemals muſten diejenigen, ſo wegen Ausſchlieſſung von Erbſchaft und Pflichttheil das Teſtament anfochten, beweiſen, daß ſie ſich gegen den Verſtorbenen wohl betragen und ihm keine Urſach zu dieſer Ausſchlieſſung gegeben. Nun aber muß der eingeſezte Erbe gegen Kinder und Eltern den Beweis führen, daß die Urſachen der Ausſchlieſſung gegründet ſind. Dies wird

wird mit den Worten: et ſcripti heredes — verum eſſe demonſtraverint nochmals eingeſchärft. Gribner vtrum fratr. inſtit. quer. inoff. probare ten. Fiſcher de onere prob. cauſ. exhered.

§. 558. Vt praeter ipſas nulli liceat lehrt, daß man ſich genau an die von Juſtinian aufgezählten Urſachen halten müſſe, und auſſer ihnen keine andern annehmen dürffe. Ob ſich aber nicht doch ſolche Urſachen hinzuſetzen laſſen, welche nach richtiger Erklärung mit den ausgedrückten Urſachen für einerley zu achten, iſt eine andere Frage. Dieſe muß man allerdings bejahen, weil jedes Geſetz aus ſeinem Grunde zu erklären, und dahin auszudehnen iſt, wohin der Grund offenbar führt. Wir werden bey vielen der ausgedrückten Urſachen davon Beyſpiele zu ſehen Gelegenheit haben.

§. 559. Die Worte: ſuam habere firmitatem und evacuato teſtamento zeigen deutlich, daß wenn die hier vorgeſchriebene Form nicht beobachtet wird, das Teſtament ungültig ſey. Es iſt dies auch den allgemeinen Grundſätzen gemäß, daß eine Handlung der es an gehöriger Form fehlt für nichtig zu halten. Otto. Comm. ad Inſt. p. 266. a Rheden de exheredat. absque elogio. du Roi de teſtam. ab exhered. ſine elog. non ipſo jure nullo. Vin. Sel. Quaeſt. L. 2. c. 21. Die vorigen Grundſätze brachten es überdem beſtändig mit ſich, daß ein Teſtament, das in der Form einen Fehler hatte, ungültig genannt wurde. Man irrt daher, wenn man bey vernachläſſigter Form dieſer Novelle, blos die Inofficioſitäts-Klage zu deſſen Anfechtung geſtattet. Reinold de cauſ. in quib. etiam nunc quer. inoff. teſtam. eſt neceſſar. behält alle alten Inofficioſitäts-Fälle bey. Ein gleiches thut. v. d. Poll. de exheredat. et praeterit. cap. 22. ſqq. Es iſt gegen die ganze Natur der Inofficioſitäts-Kla-

ge, daß ſie da ſtatt finden ſoll, und gegen die Form des Teſtaments geſündigt worden. Dieſe Klage iſt ſubſidiariſch und wird nur gebraucht, wo auf keinem andern Wege fortzukommen iſt. Sie hat nur da ſtatt, wo der ſonſtigen Gültigkeit wegen keine Anfechtung gebraucht werden kann, und man blos auf die Unbilligkeit und ungerechte und unnatürliche Denkungs-Art des Teſtirers dieſelbe gründen muß. Wenn alſo der Erblaſſer den Pflichttheil nicht titulo inſtitutionis verlaſſen, jedoch nach geſchehener Enterbung dem Enterbten ſo viel an Legatis gegeben hat, daß er ſeines Pflichttheils halben zufrieden ſeyn kann, wenn er die wichtigſten Urſachen der Enterbung oder Uebergehung hat, aber ſolche nur im Teſtamente auszudrucken vergaß, oder es ſind juſt nicht Urſachen der Art, wie ſie der Geſetzgeber aufgerechnet, iſt das Unbilligkeit, Unvernunft, Liebloſigkeit, unnatürliche Denkungsart, welche die Inofficioſität begründet, oder iſt es vielmehr blos Mangel an der Form, weshalb Nichtigkeitsklagen ſtatt finden? Kein Menſch wird das erſtere behaupten. Alſo bleibt lediglich das leztere übrig. Juſtinian hat auf ſolche Art in vielen Fällen, wo ehemals die Inofficioſitäts-Klage gebraucht wurde, nun die Nichtigkeits-Klage nothwendig gemacht. Er hat es zwar nicht geſagt, daß er dieſe Veränderung vorgenommen habe. Die Sache ſelbſt aber lehrt es, daß er es gethan. A. Faber Err. pragm. D. 14. E. 7. Er brauchte es alſo nicht zu ſagen. Nerius Anal. Otto Theſ. Tom. 2. p. 416. iſt unſerer Meynung, daß, wenn keine Urſach angeführt iſt, eine Nullität vorhanden ſey, wenn ſie angeführt iſt, aber nicht bewieſen werden kann, eine Inofficioſität.

§. 560. Daß aber color furoris nicht mehr zum Grunde liege, läßt ſich mit ihm nicht behaupten.

§. 561.

§. 561. Das Teſtament wird da, wo gegen dieſe neue Form geſündigt iſt, nicht mit allen ſeinen Theilen ungültig. Die Legata und andere Anhänge des Teſtaments bleiben gültig. Dies iſt aber kein Zeichen der Inofficioſität, und daß keine Nichtigkeit vorhanden ſey. Bey der Inofficioſität fiel vormals ſo wohl, als bey der Nichtigkeit, jeder Anhang der Erbeinſetzung mit ihr ſelbſt hinweg. Es iſt alſo die Neuerung, daß die Erbeinſetzung allein hinfällig ſeyn ſoll, eben ſo wohl auſſerordentlich, man mag eine Inofficioſität oder eine Nichtigkeit annehmen. Uebrigens ſoll die Würkung in Anſehung der Legaten und d. gl. immer dieſelbe bleiben es ſey eine Nullität wegen Verſtoſſes gegen die Nov. 115. oder eine Inofficioſität vorhanden.

§. 562. A. Faber. Err. pragm. E. 39. E. 5. macht einen Unterſchied zwiſchen der von Kindern und Eltern noch zu gebrauchenden alten Querel und der Juſtinianiſchen. Dieſe habe ſtatt, wenn keine Urſach der Enterbung im Teſtament ſtehe, oder ſolche nicht erwieſen werden könne. Jene ſo oft der Enterbte erweiſen wolle, daß er unverdient enterbt ſey. Bey der Juſtinianiſchen falle der color furoris weg, der bey der alten noch zu gebrauchen. Es ſind aber alles falſche Sätze. Es giebt keine alte Querel der Kinder und Eltern, welche von der neuen unterſchieden wäre. Die vorgebliche Verſtandloſigkeit liegt auch bey der neuen Querel noch zum Grunde. Wenn keine Urſachen ausgedruckt ſind, ſo paßt bey Kindern und Eltern die Querel nicht.

§. 563. Der Geſetzgeber führt nun die beſondern Urſachen der Ausſchlieſſung, wovon v. de Poll. de Exher. et praeterit. c. 47-59. weitläuftig handelt, einzeln durch §. 1. Si quis parentibus ſuis manus intulerit §. 2. Si gravem et inhoneſtam injuriam eis ingeſſerit. §. 3. Si eos in criminalibus cauſis accuſaverit, quae non ſunt adverſus principem ſive rempublicam §. 4. Si cum

maleficis hominibus vt maleficus verſatur §. 5. Vel vitae parentum ſuorum per venenum, aut alio modo inſidiari tentaverit. §. 6. Si novercae ſuae aut concubinae patris filius ſe immiſcuerit §. 7. Si delator contra parentes filius exſtiterit, et per ſuam delationem gravia eos diſpendia fecerit ſuſtinere. §. 3 iſt auch auf die heutiges Tages gewöhnliche Denunciationen anzuwenden. Wenn der Vater würklich ſchuldig ſeyn ſollte, ſo iſt es doch unanſtändig, daß der Sohn gegen ihn auftritt. In Sachen des Hochverraths wird das Stillſchweigen als Verbrechen angeſehen und man hat nicht die Freyheit, die Anzeige davon zu unterdrücken. Alſo kann dieſe keine That ſeyn, die einem Vater zu ahnden frey ſtünde. §. 4. ſind alle Banden von groben Miſſethätern, in welche ſich der Sohn begiebt, unter dem von dem Geſetz genannten Maleficis, oder Giftmiſchern, Banditen, begriffen. §. 6. Iſt ein Gleiches zu ſagen, wenn die Tochter es mit dem Stief Vater hält. Was vom Concubinat geſagt wird, iſt, da jezt der Concubinat unerlaubt iſt, nicht weiter anzuwenden. Jezt heißt es: qui verſatur in re illicita, damnum, quod inde ſequitur, ſibi ipſe imputare debet.

§. 564. Der Geſetzgeber fährt fort §. 8. Si quemlibet de praedictis parentibus incluſum eſſe contigerit, et liberi, qui poſſunt ab inteſtato ad ejus ſucceſſionem venire, petiti ab eo; vel vnus ex his, in ſua eum noluerit fidejuſſione ſuſcipere, vel pro perſona, vel pro debito, in quantum eſſe, qui petitur, probatur idoneus. Hoc tamen, quod de fidejuſſione cenſuimus, ad maſculos tantummodo liberos volumus pertinere §. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuerit parentes ſuos condere teſtamentum, vt ſi quidem poſtea facere potuerint teſtamentum, ſit eis pro tali cauſa filium exheredandi licentia. Si autem in ipſa

pro-

prohibitione, ſine teſtamento, aliquis ex parentibus deceſſerit, et alii ſiue qui ab inteſtato ad hereditatem defuncti, aut cum ipſo filio, qui teſtamentum fieri prohibuit, aut poſt illum vocantur, ſiue illi quos heredes aut legatarios habere volebat, vel qui laeſionem aliquam ex prohibitione teſtamenti ſuſtinuerunt, hoc ipſum approbauerint: ſecundum alias leges ſuper hoc poſitas talia negotia terminentur §. 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos ſe filius ſociauerit, et in hac profeſſione permanſerit: niſi forſitan etiam parentes ejusdem profeſſionis fuerint. §. 8. iſt die Einſchränkung des Geſetzes auf die Söhne jezt nicht mehr zu gebrauchen, da Frauenzimmer ſo gut, als Mannsperſonen, ſich verbürgen können, wenn ſie nur den weiblichen Rechtswohlthaten entſagen. §. 9. zielen die Worte: Si autem in ipſa prohibitione etc. darauf, daß in dieſem Falle die Erbſchaft denen, welchen ſie zugedacht iſt, ipſo jure als unwürdigen Erben entriſſen, und dem Fiſcus zugeſprochen wird. Diejenigen, welchen der Erblaſſer etwas vermachen wollen, woran ihn Jemand gehindert, können gegen dieſen die Entſchädigungsklage gebrauchen. L. Sempronius §. Titia. de leg. 2. Der Fiſcus hingegen haftet dieſen um ihr Glück gekommenen nicht.

§. 565. Ferner heiſt es §. 11. Si alicui ex praedictis parentibus, volenti ſuae filiae vel nepti maritum dare, et dotem ſecundum vires ſubſtantiae pro ea praeſtare, illa non conſenſerit, ſed luxurioſam degere vitam elegerit. Si vero vsque ad viginti quinque annorum aetatem peruenerit filia, et parentes diſtulerint eam marito copulare, et forſitan ex hoc contigerit, in ſuum corpus eam peccare, aut ſine conſenſu parentum marito ſe, libero tamen, conjungere: hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari: quia non ſua culpa, ſed

parentum, id commiſiſſe cognoſcitur, §. 12. Si quis de praedictis parentibus furioſus fuerit, et ejus liberi, vel quidam ex his, aut liberis ei non exiſtentibus alii ejus cognati, qui ab inteſtato ad ejus hereditatem vocantur, obſequium ei, et curam competentem non praebuerint: ſi quidem a tali ſanatus fuerit infirmitate, ei erit poteſtas, vtrum velit, negligentem filium vel filios, aut cognatum, ingratum vel ingratos in ſuo ſcribere teſtamento. Si autem aliquo furoris morbo eum detentum extraneus aliquis viderit a ſuis neglectum liberis vel cognatis, aut aliis ab eo ſcriptis heredibus, et pro miſericordia voluerit eum procurare: dantur ei licentiam, atteſtationem eis, qui ab inteſtato, vel ex teſtamento jam facto, ad furioſi hereditatem vocantur, ſcriptis dirigere, vt eum procurare feſtinent: Si autem poſt hujusmodi atteſtationem neglexerint, et extraneus in ſuam domum furioſum ſuſceptum ſumtibus propriis vsque ad finem vitae ipſius procuraſſe monſtratus fuerit: eum qui obſequium ac diligentiam furioſo exhibuit, licet extraneus ſit, ad ejus ſucceſſionem pervenire decernimus, euacuata inſtitutione eorum, vtpote indignorum, qui furioſo (ſicut diximus) curam praebere neglexerint: ita tamen, vt caetera teſtamenti capitula in ſua maneant firmitate. §. 11. wird darauf geſehen, ob die Eltern ſchuld ſind, daß die Tochter in die Ausſchweifung gerathen. Iſt ſie noch nicht über 25. Jahr alt, ſo ſind die Eltern noch immer auſſer Verantwortung, daß ſie ſie noch vom Heyrathen abgehalten. Iſt ſie aber zur Majorennität gekommen, und es hat an den Eltern gelegen, daß ſie nicht an Mann gekommen; ſo haben ſie kein Recht, ſie wegen erwählter ſchlechter Wege zu enterben. Bey andern ähnlichen Verſchuldungen, wodurch die Eltern zu der Ausſchweifung der Tochter Gelegenheit gegeben, iſt natürlich ein Gleiches zu ſagen. Wenn die Tochter wider Willen der Eltern geheyrathet

rathet hat; ſo muß man einen Unterſchied machen, ob ſie einen Mann genommen, der den Eltern nicht zur Beſchimpfung gereicht, oder ob ſie durch die Heyrath die Familie entehrt hat. In jenem Falle iſt keine Enterbungsurſache vorhanden, wohl aber in dieſem. Dis lehrt der Grund dieſer Enterbungsurſach. Sind die Eltern aber auch hier durch langes Abhalten vom Heyrathen oder ſonſt ſchuld an dem Fehler ihrer Tochter, ſo mögen ſie den Schaden tragen. Si quidem a tali ſanatus fuerit infirmitate etc. lehrt, daß der Vater ſeinen Kindern die ſchlecht bewieſene kindliche Liebe vergeben könne. Pro miſericordia aus Barmherzigkeit. Eum procurare ſeiner pflegen und warten. Atteſtatio, Erinnerung und Anmahnung. Der Fremde, der ſich des Verrückten angenommen hat, ſoll an die Stelle der rechten Erben treten, aber auch, wie ſie, die Legata und dergleichen bezahlen und beſorgen. Es iſt dies auch auf andere Krankheiten anzuwenden, wo der Vater ohne Hülfe liegt, und ſich nicht ſelbſt helfen kann, ſo daß er umkommen müſte, wenn ſich nicht gute Leute ſeiner annähmen. Dies lehren L. 3. de his quae vt indign. und die Baſilicae.

§. 566. Weiter wird geſagt §. 13. Si vnum de praedictis parentibus in captiuitate detineri contigerit, et ejus liberi, ſiue omnes, ſiue vnus, non feſtinauerint, eum redimere: ſi quidem valuerit calamitatem captiuitatis euadere: in ejus poteſtate ſit, vtrum hanc cauſam ingratitudinis teſtamento ſuo velit adſcribere. Si autem per liberorum negligentiam vel contemtum non fuerit liberatus, et in captiuitate deceſſerit, illos ad ſucceſſionem ejus venire non patimur, quia non feſtinauerunt ejus redemtionem citius procurare. Sed omnibus liberis in hoc negligentibus res vniuerſas ab eodem relictas eccleſiae ciuitatis, ex qua oritur, applicari,

cari, inuentario ſcilicet ſub publica atteſtatione celebrando: ne quid ex ejus facultatibus pereat: ita, vt quicquid exinde ad eccleſiam peruenerit, captiuorum redemtioni proficiat. Sed haec quidem quantum ad perſonas dicta ſunt, quas exheredare non licet, niſi ingratitudinis cauſas vbique approbari contigerit. Occaſionem autem nobis ad generalem legem promulgandam haec praeſens cauſa noſcitur obtuliſſe. Sed vniuerſaliter jubemus, vt, ſi ille, qui in captiuitate detentus fuerit, liberos non habuerit, et aliis, qui ad ejus hereditatem vocati ſunt, eum redimere non feſtinantibus, in captiuitate defunctus fuerit: nullus ex iis, qui neglexerit, ad hereditatem ejus perueniat, licet ante captiuitatem teſtamentum forſan ab eo fuiſſet conſcriptum in quo memoratas perſonas ſcripſit heredes: ſed hac quoque inſtitutione heredum infirmata et caeteris teſtamenti capitulis in ſuo robore permanentibus, ſubſtantiae talium perſonarum ſimili modo eccleſiis ciuitatum, ex quibus orti ſunt, applicentur, et nullis aliis cauſis, quam in captiuorum redemtionibus expendantur: vt vnde illi a ſuis non ſunt redemti, aliorum redemtio procuretur, et ipſorum quoque animae ex hac cauſa piiſſima ſubleuentur. Hoc eodem obſeruando, et ſi aliam extraneam perſonam ante captiuitatem ſcripſit heredem, et illa ſciens, ſe ab eo heredem ſcriptam, eum redimere a captiuitate neglexerit. Hanc autem poenam contra illos valere jubemus, qui octauum et decimum ſuae aetatis annum compleuerint. In hujusmodi vero cauſis, quando pro captiuorum redemtione neceſſarium fuerit dare pecunias: ſi quis proprias pecunias non habuerit, licentia erit ei, ſi memoratae ſit aetatis, mutuandi pecunias, et res mobiles vel immobiles ſupponendi, ſiue propriae ipſius ſint, ſiue illius, qui in captiuitate detinetur: quoniam in praedictis omnibus, quae pro captiuorum redemtione data, vel expenſa probabun-

babuntur, contractus hujusmodi, tamquam a perſona ſuae poteſtatis, et legitimae aetatis, factos ita firmos eſſe decernimus: nullo eis, qui cum hujusmodi perſonis in memoratis cauſis, quo praedictum eſt modo, contraxerint, praejudicio generando: neceſſitatem ſcilicet habente eo, qui ex captiuitate redierit, tales contractus ratos habere, et eis, tanquam ſuis debitis obligari. Auch die Unterlaſſung der Befreyung aus der Gefangenſchaft gehört unter die Fälle, wo den Erben, als Unwürdigen, der Nachlaß entzogen wird. Nur ſoll hier nicht der Fiſcus, auch nicht der Fremde, ſo etwa das Geld hergiebt, die Erbſchaft bekommen, ſondern ſie ſoll der Kirche des Geburtsorts des Gefangenen zufallen, und zu Loskaufung anderer Gefangenen verwandt werden. Ein achtzehnjähriger Jüngling ſoll zum Behuf dieſer Befreyung ſchon ſein Vermögen verpfänden, ja der Erbe ſoll des Gefangenen Güter zu deſſen Befreyung gültig mit Pfandſchaft belegen können. Die Verordnung iſt nur auf Gefangenſchaften anzuwenden, wodurch der Gefangene zum Leibeigenen wird. Weil dies bey der Kriegsgefangenſchaft unter Chriſten aufgehört hat; ſo iſt von dieſer Stelle bey ſolcher Kriegsgefangenſchaft jezt kein Gebrauch zu machen.

§. 567. Endlich heiſt es §. 14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus conſtitutus ſenſerit ſuum filium, vel liberos non eſſe catholicae fidei, nec in ſacro ſancta eccleſia communicare, in qua omnes beatiſſimi patriarchae vna conſpiratione et concordia fidem rectiſſimam praedicant, et ſanctas quatuor ſynodos Nicaenam, Conſtantinopolitanam, Epheſinam et Chalcedonenſem amplecti ſeu recitare noſcuntur: licentiam habeant, pro hac maxima cauſa ingratos eos et exheredes in ſuo ſcribere teſtamento. Et haec quidem pro ingratitudinis cauſa decernimus. Generalem autem provi-

prouidentiam liberis catholicis deferentes, jubemus, ſaluis legibus, quae jam de aliis hereticis ſunt prolatae, et circa Neſtorianos et Acephalos haec obſeruari, vt ſi quando parentes inuenti fuerunt: ſiue Iudaico Neſtorii furori dediti, ſiue Acephalorum amplectentes inſaniam et ideo ab eccleſiae catholicae communione ſeparati: non liceat eis, alios heredes ſibi inſtituere, niſi orthodoxos et eccleſiae catholicae communicantes, vel liberis non exiſtentibus, agnatos vel cognatos, qui ſcilicet catholici ſint. Quod ſi forte ex filiis alii quidem ſunt orthodoxi, et eccleſiae catholicae communicantes, alii vero ab ea ſeparati: omnem parentum ſubſtantiam ad filios tantum catholicos peruenire ſancimus: licet vltimas voluntates hujusmodi perſonae fecerint contra tenorem hujus noſtrae conſtitutionis aliquid diſponentes. Si vero poſthac fratres ab eccleſia ſeparati ad eam conuerſi fuerint: pars eis competens in ſtatu, in quo inuenta fuerit tempore, quo redditur, eis praebeatur, vt nullam de fructibus et gubernatione medii temporis inquietudinem vel moleſtiam catholici patiantur, qui ante praedictas res detinebant: quoniam hujusmodi rerum, quas ex fratrum parte non communicantium catholici poſſidebant, ſicut alienationem vetamus ita praeteritorum temporum fructus aut gubernationem nullatenus ab his, a quibus detenti ſunt, exigi vel refractari permittimus. Si autem vsque ad finem vitae ſuae in eodem errore non communicantes permanſerint, tunc catholicos fratres, vel heredes ipſorum pleniſſimo jure dominii easdem res poſſidere decernimus. Quodſi filii quidem omnes perverſi et ab eccleſiae catholicae communione alieni inuenti fuerint, alii autem propinqui agnati vel cognati religionem catholicam colentes, et communicatores eſſe fuerint approbati: eos liberis hereticis anteponi et eorum hereditati ſuccedere. Si vero liberi et propinqui agnati vel cognati ab orthodo-

xae

xae religionis communione ſunt extranei: tunc ſi quidem ſchema clericorum parentes eorum habuerint: ad eccleſiam civitatis, vbi domicilium habebant, res eorum volumus pertinere: ita, vt ſi eccleſiaſtici intra annale ſpatium hujusmodi perſonarum vindicare res neglexerint: earum dominium noſtri fiſci juribus vindicetur. Si autem laici ſunt, ſine aliqua diſtinctione ſubſtantias eorum ad res priuatas noſtras ſimiliter peruenire ſancimus. Quare obtinere decernimus etiam ſi teſtamento non facto tales perſonae deceſſerint: omnibus, quae contra caeteros hereticos in aliis conſtitutionibus diſpoſita ſunt, et contra Neſtorianos et Acephalos, et alios omnes, qui catholicae eccleſiae (in qua praedictae quatuor ſynodi, et patriarchae recitantur), non communicant, et ſucceſſiones eorum, ſimiliter obſeruandis. Si enim pro cauſis corporalibus cogitamus: quanto magis pro animarum ſalute prouidentia eſt noſtrae ſollicitudinis adhibenda? Die hier vorkommenden Acephali behaupteten die Vermiſchung der beyden Naturen und der Eigenſchaften in Chriſto, und waren alſo Gegner des Chalcedonenſiſchen Concilii. Sie hieſſen Acephali, weil ſie ſich von ihrem Patriarchen getrennt hatten, und alſo ohne Haupt waren. Ihr erſter Anführer war Severus, Biſchof zu Antiochien, unter dem Kayſer Anaſtaſius. Die Neſtorianer hatten den Patriarchen zu Konſtantinopel, Neſtorius, zu ihrem Haupte, welcher die perſönliche Vereinigung der beyden Naturen in Chriſto leugnete, und von dem Epheſiniſchen Concilio verdammt und ſeiner Stelle entſezt wurde. Käzer ſollen den Vater weder ab inteſtato, noch aus einem Teſtamente beerben. L. Cognouimus C. de heret. Nov. 118. c. fin. Auch keines andern Verwandten Erbſchaft können ſie bekommen. Zur Zeit der Novelle waren erſt 4 Oecumeniſche Concilien gehalten worden. Daher Iuſtian die Orthodoxie nur nach dieſen abmißt. Da aber in

in der Folge mehrere gehalten worden, ſo heiſſen allgemein Kätzer diejenigen, welche der von der Kirche angenommenen und in den anerkannten allgemeinen Kirchenverſammlungen beſtätigten Lehre nicht beytreten. Concilia recitare heiſt hier Kirchenverſammlungen billigen. Den Kätzern iſt nicht alles Recht zum Teſtiren genommen. Nur ſollen ſie orthodoxe Perſonen zu Erben ernennen. Der Heterodoxen Kinder Erbtheil fällt ihren orthodoxen Geſchwiſtern zu. Wenn ſich die erſtern hernach noch zur Rechtgläubigkeit bekehren; ſo ſollen ſie ihren Antheil von den Geſchwiſtern wieder erhalten, jedoch wegen der Nutzungen der vergangenen Zeit nichts verlangen. Sind die nächſten Erben Kätzer, ſo ſoll das Vermögen an die Folgenden in der Ordnung der Verwandtſchaft folgen. Si quidem ſchema clericorum parentes eorum habuerint, heiſt: wenn der Erblaſſer, der zu beerben, ein Geiſtlicher geweſen. Wenn alle Verwandten heterodox ſind, ſoll das Vermögen dem Fiſcus zufällen. Iſt jedoch der Erblaſſer ein Geiſtlicher geweſen; ſo fällt es an die Kirche der Stadt ſeines beſtändigen Aufenthalts binnen Jahr und Tage. Nach Verſäumnis dieſer Zeit, nimmt es der Fiſcus an ſich. Daß dieſe Verordnung auf die drey in Teutſchland öffentlich gebilligten Religionen nicht angewandt werden könne, iſt eine bekannte Anmerkung. Ob ein Proteſtant ſeine Kinder wegen Annehmung ketzeriſcher Grundſätze und Abtretung von ihrer Religion zu einer andern Parthey auſſer dieſer öffentlich gebilligten enterben könne, iſt eine zweifhafte Frage. Ich glaube aber, daß ſie zu bejahen ſey, weil es hier nicht darauf ankommt, ob der Sohn unrecht gethan, ſondern, ob er den Vater, der ſeiner Religion ſehr zugethan iſt, nicht empfindlich gekränkt hat.

§. 568. Der Authentiken, welche aus dieſer Stelle gezogen ſind, ſind zwey, als: Avth. Non licet C. de

lib.

lib. praeter. Non licet parenti aliquem ex liberis exheredare, vel praeterire, niſi is probetur ingratus, et ingratitudinis cauſas nominatim inſerat teſtamento. Cauſae vero ingratitudinis noua conſtitutione expreſſae ſunt quatuordecim. Avth. Ex cauſa eod. Ex cauſa exheredationis vel praeteritionis irritum eſt teſtamentum, quantum ad inſtitutiones. Caetera namque firma permanent.

§. 569. Einige der ausgedrückten Urſachen ſind ſchon vorher beſtimmt geweſen, als die 10te ſteht ſchon L. 11. C. de inoff. teſt. In arenam non damnato, ſed ſua ſponte arenario conſtituto, legitimae ſucceſſiones integrae ſunt, ſicuti ciuitas et libertas manet. Sed ſi teſtamentum parens ejus fecit; neque de inofficioſo teſtamento accuſatio, neque bonorum poſſeſſio ei competit. Nam talem filium merito quis indignum ſua ſucceſſione judicat, niſi et ipſe ſimilis conditionis ſit. Die 11te findet ſich L. 19. C. de inoff. teſt. Si filiam tuam, eo, quod turpiter et cum flagitioſa foeditate vivit, a ſucceſſione tua excludendam putes: ſi non inconſulto calore, ſed ex meritis ejus ad id odium incitatus es: poſtremi judicii arbitrium habebis. Dazu die Avth. Sed ſi poſt. eod. ſezt: Sed ſi poſt viginti quinque annos te differente filiam marito copulare, ea in ſuum corpus peccaverit, vel, ſine conſenſu tuo, marito ſe, libero tamen, copulaverit: eam exheredare non potes. Die 9te lieſt man L. 23 C. de inoff. teſt. Teſtamenti factione per teſtationem vos interdixiſſe matri profitentes, juſtam cauſam offenſae manifeſte teſtamini, d. i. weil ihr bekennt, daß ihr gegen eurer Mutter Vorhaben eine Proteſtation eingelegt, und ſie dadurch am Teſtament hindern wollen, ſo gebt ihr ſelbſt wider euch Zeugnis, daß ihr ſie zu einem gerechten Zorn, in welchem ſie euch enterbt hat, gereizt habt.

§. 570. Daß ehemals der, ſo die Ausſchlieſſung vom Pflichttheil, die im Teſtament geſchehen, anfechtete, den Beweis übernehmen muſte, lehrt L. 28. C. de inoff. teſt. Liberi de inofficioſo querelam contra teſtamentum parentum moventes probationem debent praeſtare, quod obſequium jugiter prout naturae ipſius religio flagitabat, parentibus adhibuerint: niſi ſcripti heredes oſtendere maluerint, ingratos liberos contra parentes exſtitiſſe. Sin autem mater contra filii teſtamentum inofficioſi actionem inſtituat, inquiri diligenter jubemus, vtrum filius nulla ex juſta cauſa laeſus matrem (in) noviſſima laeſerit voluntate (eo quod) neque luctuoſam ei et legitimam reliquerit portionem: vt teſtamento reſciſſo, matri ſucceſſio deferatur. Si tamen mater inhoneſtis factis, atque indecentibus machinationibus filium forte obſedit, inſidiisque vel clandeſtinis eum, vel clandeſtinis vel manifeſtis appetiit, vel inimicis ejus ſuas amicitias copulavit, atque in aliis ſic verſata eſt, vt inimica ejus potius, quam mater, crederetur: hoc pobato, etiam invita acquieſcat filii voluntati. Dieſe Stelle iſt eben die, welche L. 2. C. Th. eod. vorkommt, wo es heiſt: Licet legum auctoritas filiorum potius, quam matrum perſonis voluit laborem incumbere, vt de inofficioſo agentes intra praefinita tempora doceant, nullo ſuo vitio factum, nec offenſionem ſe parentibus praeſtitiſſe, ſed jugiter obſecutos; vt naturae ipſius religio flagitabat, diſciplinam illaeſam, inoffenſamque ſervaſſe, vt his probatis, removeri parentum valeant teſtamenta: tamen ſi mater contra filii teſtamentum inofficioſi actionem inſtituat, inquiri diligenter jubemus, vtrum filius nulla juſta cauſa laeſus matrem noviſſima laeſerit voluntate, nec luctuoſum ei, nec legitimam reliquerit portionem, vt teſtamento remoto matri ſucceſſio deferatur, (ſi tamen defuncto conſanguinei agnati non ſunt ſuperſtites,) an mater inhoneſtis

neſtis factis, atque indecentibus votis filium forte obſedit; inſidiisque eum vel clandeſtinis vel manifeſtis appetiit, vel inimicis ejus ſuas copulavit amicitias, atque in aliis ſic verſata eſt, vt inimica potius, quam mater, crederetur: vt hoc probato invita etiam acquieſcat filii voluntati. Dieſe Verodnung Conſtantini M. betraf den Fall, da eine Mutter wegen der Ausſchlieſſung von der Erbſchaft ihres Sohns klagte. Sie meinte blos die Ausſchlieſſung berechtigte ſie ſchon, das Teſtament umzuwerfen. Von Kindern verordneten die Geſetze zwar, daß ſie, wenn ſie der Eltern Teſtamente anfechteten, beweiſen muſten, ſie hätten keine Urſach zur Ausſchlieſſung vom Erbe gegeben. Aber von Eltern finde ſich dergleichen nirgend geſagt. Der Kayſer aber entſcheidet dahin, daß auch bey einer Mutter es darauf ankäme, ob ſie gerechte Urſach zur Ausſchlieſſung gegeben, und müſte ſolches eben ſo, wie, wenn die Kinder klagten, unterſucht werden. Die Klauſel im Cod. Theod. Si tamen defuncto conſanguinei agnati non ſunt ſuperſtites bezieht ſich darauf, daß ehemals, wenn die Mutter nach dem SCt. Tertull. erbte, die fratres conſanguinei des Erblaſſers ihr vorgiengen. Im Cod. Iuſt. iſt dieſe Klauſel weggelaſſen, weil Iuſtinian. L. vlt. C. ad SCt. Tertull. hierin eine Aenderung gemacht. Bey Geſchwiſtern muß man noch jezt die alten Grundſätze annehmen, daß ſie den Beweis von Ungerechtigkeit der Ausſchlieſſung zu führen haben.

§. 571. Aus den neuen Grundſätzen folgt, daß eine Enterbung und Ausſchlieſſung eigentlicher poſtumorum nun nicht weiter gültig ſeyn kann, weil die Urſachen der Enterbung und Ausſchlieſſung, welche beyzufügen, ſich hier nicht gedenken laſſen. Die Umſtände haben ſich geändert. Es fällt alſo nun die Inofficoſitätsklage bey Poſtumis, die man übergangen oder enterbt, weg. Das

Teſtament iſt allemal in ſolchem Falle ſchon an ſich ungültig.

§. 572. Ehemals war es anders, wenn die poſtumi übergangen waren, wo ſolches geſchehen konnte, oder, wo ſolches nicht zuläßig war, enterbt worden. Da that blos die Inofficioſitätsklage Dienſte. L. 6. pr. de inoff. teſt. Poſthumus inofficioſum teſtamentum poteſt dicere, eorum, quibus ſuus heres vel legitimus potuiſſet fieri, ſi in vtero fuerit mortis eorum tempore. Sed et cognatorum: quia et horum ab inteſtato potuit bonorum poſſeſſionem accipere. Quid ergo? Eis imputatur, cur inteſtati non deceſſerant? Sed hoc nemo apud judicem poteſt impetrare: non enim interdicitur teſtamentifactione. Hoc plane ei imputare poteſt, cur eum heredem non ſcripſerit. Potuit enim ſcriptus heres in poſſeſſione mitti ex clauſula de ventre in poſſeſſionem mittendo: item natus ſecundum tabulas haberet. Simili modo et eum, qui poſt teſtamentum matris factum, exſecto ventre extractus eſt, poſſe queri dico. War der poſthumus enterbt, ſo ſtand ihm ehemals ebenfalls blos Inofficioſitätsklage zu. Nie erbte ein Poſtumus auch nur ab inteſtato, wenn er nicht bey Leben des Erblaſſers ſchon im Mutterleibe war. Es gab auch poſtumos cognatos, welche die Inofficioſitätsklage hatten, z. E. Enkel, welche von einem Sohn, der in eine andre Familie adoptirt worden, erzeugt waren, und erſt nach der Adoption die Conception erhalten hatten. Daß dieſe zur Querel fähig, beweiſt der Juriſt damit, weil ſie bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, bonorum poſſeſſionem ventris nomine ingleichen ſecundum tabulas erhalten konnten. Ueberhaupt kam es in den alten Zeiten nicht einmal darauf an, ob der Kläger Erbe ab inteſtato nach dem bürgerlichen Rechte würde geweſen ſeyn. Man klagte nicht, daß der Erblaſſer nicht ab inteſtato,

teſtato, ohne Teſtament, verſtorben ſey. Sondern man klagte, daß er die Unbilligkeit begangen, und Perſonen, welche er im Teſtamente vernünftiger Weiſe bedenken ſollen, von ſeinem Nachlaß ausgeſchloſſen hatte. Das der Mutter nach dem Tode aus dem Leibe geſchnittene Kind iſt ein poſtumus der Mutter, die ſonſt keine poſtumos veros haben kann. Es hat übrigens alle Rechte eines natürlich gebohrnen Kindes. A. Faber verſteht durch cognatos die fratres vterinos.

§. 573. Eben daraus ergiebt ſich auch, daß Kinder, welche noch nicht zu den Jahren des Verſtandes und der Zurechnung gekommen, neuerlich nicht mehr enterbt werden können. Trautmann de exheredat. minor.

§. 574. Noch weniger kann die von der Mutter geſchehene Uebergehung nach der Zeit gebohrner Kinder jezt mehr ſtricto jure gültig ſeyn. Ehemals war es anders, und es hatte dabey blos die Inofficioſitätsklage ſtatt. Paul Rec. Sent. L. 4. tit. 5. §. 2. Poſt factum a matre teſtamentum filius procreatus, non mutata ab ea, cum poſſet, voluntate, ad exemplum praeteriti, inofficioſi querelam recte inſtituit.

§. 575. Dieſe war aber denn nur nöthig, wenn die Mutter nach der Geburt das Teſtament ändern können. Wenn ſie ſolches zu thun durch die Umſtände auſſer Stande geweſen, ſo wurde das Teſtament als durch ihren vermutheten Willen wiederrufen, angeſehen. L. 3. C. de inoff. teſt. Si mater filiis duobus heredibus inſtitutis, tertio poſt teſtamentum ſuſcepto, cum mutare idem teſtamentum potuiſſet, hoc facere neglexiſſet: merito, vtpote non juſtis rationibus neglectus, de inofficioſo querelam inſtituere poterit. Sed cum eam in puerperio vita deceſſiſſe proponas: repentini caſus ini-

 quitas

quitas per conjecturam maternae pietatis emendanda eſt. Quare filio tuo, cui nihil, praeter maternum fatum, imputari poteſt, perinde virilem portionem tribuendam cenſemus, ac ſi omnes filios heredes inſtituiſſet. Sin autem heredes ſcripti extranei erunt; tunc de inofficioſo teſtamento actionem inſtituere non prohibetur. Maſcov. Praeter. inſtitut. ad L. 3. C. de inoff. teſt. in Parerg. Goetting. Es iſt nicht abzuſehen, warum die Kayſer Sever. und Antonin. in dieſer Stelle einen Unterſchied machen, ob die ernannten Erben Kinder oder Fremde ſind. Wird im erſtern Fall das Teſtament als ſtillſchweigend wiederrufen angeſehen, ſo muß ſolches noch vielmehr in dem leztern Falle geſchehen.

§. 576. Daher iſt die Erklärung des A. Faber Conject. L. 9. c. 15. ſehr gut, welcher den Sinn der Verordnung dahin verſteht, daß, wenn Kinder zu Erben ernannt ſind, das neugebohrne und dazu gekommene Kind, als neben denſelben ernannt, angeſehen werde, und daß alſo auch die Legata bey Kräften bleiben, weil die andern Kinder ohnedem ab inteſtato, reſciſſo teſtamento, neben Uebergangenen zu gleichen Theilen erben, wenn hingegen Fremde ernannt ſind, ſo würde der Uebergangene ab inteſtato nicht mit den Fremden erben. Alſo iſt denn eine andere Lage der Sache, und die Legata fallen weg. Auf dieſen Unterſchied, der ſich bald weiter unten beſtätigen wird, ſey hier geſehen.

§. 577. Hat die Mutter geglaubt, das Kind, ſo ſie übergangen, ſey ſchon geſtorben, und daher hat ſie ſeiner im Teſtamente nicht gedacht, ſo iſt nach den neueſten Grundſätzen das Teſtament ebenfalls ungültig. Aber ehemals wurde auch in dieſem Falle die Inofficioſitätsklage gebraucht, L. 27. §. 4. ff. de inoff. teſt. De teſtamento matris, quae exiſtimans, periiſſe filium, alium here-

heredem inſtituit de inofficioſo queri poteſt. cf. v. d. Poll de Exher. et praeter. c. 29.

§. 578. Es iſt aber merkwürdig, daß in dieſem Falle, nach einem Reſcript des K. Hadrians die Legata gültig blieben, ohnerachtet ehemals die Inofficoſitäts-klage ſolche zernichtete. L. 28. de inoff. teſt. Cum mater militem filium falſo audiſſet deceſſiſſe, et teſtamento heredes alios inſtituiſſet, divus Hadrianus decrevit: hereditatem ad filium pertinere, ita vt libertates et legata praeſtentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adjicitur. Nam cum inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet. v. d. Straten ad decret. D. Hadr. in L. 28. ff. de inoff. teſt. Wenn einige angemerkt, daß hier nicht von der Inofficioſitätsklage die Rede geweſen; ſo iſt ſolches wider den Zuſammenhang. Die Griechen nahmen an, daß eine andre, als die Inofficioſitätsklage wäre gebraucht worden, Aurel. de Variant. Cujac. Ott. Theſ. Tom. 3. p. 722. tritt ihnen gegen Merillius bey. Cujacius hat über dieſe Frage varirt. Adnotatum erklären einige durch getadelt, andere beſſer durch angemerkt. Merill. Variant. ex Cujac. L. I. c. 11. v. d. Poll de exher. et praeter. c. 30. §. 17. ſq. verwirft hier die Querel, und nimmt eine vermuthete Einſetzung an, aber aus dem falſchen Grunde, als wenn zu Hadrians Zeiten Söhne bey Uebergehung im Teſtament der Mutter noch keine Querel gehabt hätten. Nach der Nov. 115. fällt hier die Querel und die Gültigkeit der Legaten weg. Die Umſtände haben ſich ganz geändert.

Dritter Abſchnitt.

Grundſätze, welche nun bey Ernennung oder Ausſchlieſſung der Kinder als die neueſten anzuſehen.

§. 579. Auch der Soldat kann enterbt werden. §. 580. Kinder können ihre eigenen Eltern wegen der Ausſchlieſſung in Anſpruch nehmen. §. 581. Wie die namentliche Enterbung der Suorum geſchehe. §. 582. Verba directa ſind dazu nicht mehr nöthig. §. 583. Von Ausdrückung des Namens. §. 584. Wenn eine beſondere Benennung nicht nöthig. §. 585. Beſchreibung ſtatt des Namens, auch mit Schimpf. §. 586. Von bedingter Enterbung. §. 587. Vom Fall, wo nicht der Pflichttheil ganz entzogen iſt. §. 588. Platz der Enterbung im Teſtamente. §. 589. Inſonderheit, wenn Subſtitutionen vorhanden. §. 590. Wie, wenn ihre Erwähnung nur bey dem einen Grade geſchehen. §. 591. Iſt im erſten Grad die Einſetzung geſchehen, ſo ſchadet die Uebergehung im zweyten Grade nicht. §. 592. Iſt beym zweyten die Einſetzung geſchehen, ſo ſchadet die Uebergehung beym erſten dem Teſtamente nicht, ſondern macht nur den erſten Grad ungültig. §. 593. Fortſetzung. §. 594. Enterbung iſt in Anſehung aller Erben geſchehen, wenn ſie zuerſt oder zulezt ſteht. §. 595. Oder zwiſchen zwey Graden in der Mitte. §. 596. Die Enterbung muß nicht auf den Todesfall des Enterbten geſchehen. §. 597. Die Enterbung gilt nicht, wenn das Teſtament ungültig iſt. §. 598. Exheredatio bona mente. §. 599. Form der Einſetzung eines Kindes. §. 600. Von Ernennung deſſelben, nachdem es vorher enterbt worden. §. 601. Von alternativer Ernennung künftiger Kinder, die neben einander zur Welt kommen. §. 602. Uebergehung der Suorum. §. 603. Von emancipirten Kindern, und Kindern weiblicher und cognatiſcher Aſcendenten. §. 604. Von adoptirten und unehlichen Kindern.

§. 579.

Der Kriegsdienſt giebt keine Befreyung gegen die Enterbung L. 26. de lib. et poſt. Filiusfamilias, ſi militet,

tet, vt pugnans, nominatim a patre aut heres ſcribi, aut exheredari debet: jam ſublato edicto Divi Auguſti, quo cautum fuerat, ne pater filium militem exheredet.

§ 580. Uebrigens iſt es bey Kindern, welche man ausſchlieſt, einerley, wer im Teſtamente ſtatt ihrer zu Erben ernannt iſt. So kann die Tochter des Vaters Teſtament anfechten, wenn er auch ihre eigne Mutter zu Erben ernannt, und ſie ausgeſchloſſen hat. L. 22. C. de inoff. teſt. Si maritus tuus facto teſtamento te quidem ex aſſe ſcripſit heredem: filia autem, quam habuit in poteſtate, exheredata (jure) facta minime perhibetur; nihilque ei relictum eſt, neque juſtas offenſae cauſas praeſtitiſſe (expreſſe) convincitur: eam de inofficioſo patris teſtamento querentem, totam hereditatem obtinere poſſe non ambigitur. Quod ſi jam obtinuit, vel poſt evincat: quodcunque maritus mortis ſuae tempore debuiſſe tibi perhibetur, id ab ea reddi oportet. Wenn die Erbſchaft der Mutter von der Tochter entwährt wurde, ſo hörte die durch Annehmung der Erbſchaft, in Anſehung der mütterlichen Foderung am Erbe entſtandene Konfuſion wieder auf. Alſo konnten ſie dieſe nun wieder rege machen.

§. 581. Liberi ſui müſſen alſo nun allgemein namentlich enterbt werden. Die Formel dazu giebt L. 17. de lib. et poſt. Filii etiam hoc modo exheredantur: *filius exheres ſit*, *filius exheres erit*, L. 61. de hered. inſt. Qui volebat filiam exheredare, ſic teſtamento comprehendit: te autem, filia, ideo exheredavi, quoniam contentam te eſſe dote volui. Quaero, an efficaciter exheredata ſit. Modeſtinus reſpondit, nihil proponi, cur non eſſet voluntate teſtatoris exheredata. Die in L. 61. enthaltene Formel ging zur Zeit der Pandecten bey einer Tochter eher an, als bey einem Sohne, bey

welchem verba directa erfordert wurden. Nachdem neuerlich das Formelwerk aufgehoben worden, würde die Art des L. 61. auch bey Söhnen gebraucht werden können.

§. 582. Dies beſtärkt L. 3. C. de lib. praeter. Si quis filium proprium ita exheredaverit: Ille filius meus alienus meae ſubſtantiae fiat: talis filius ex hujusmodi verborum conceptione non praeteritus, ſed exheredatus intelligitur. Cum enim manifeſtiſſimus eſt ſenſus teſtatoris: verborum interpretatio nuſquam tantum valeat, vt melior ſenſu exiſtat. Die Enterbung muß nun allgemein namentlich geſchehen.

§. 583. Man muß alſo entweder Namen oder Vornamen ausdrucken. L. 1. de lib. et poſt. Quid ſit nominatim exheredari, videamus. Nomen et praenomen et cognomen ejus dicendum eſt? An ſufficit, vel vnum ex his? Et conſtat ſufficere.

§. 584. Ohne beſondere Benennung und Beſchreibung läßt ſich die Enterbung nur gedenken, wenn etwa nur Ein Sohn vorhanden, und der Sohn enterbt iſt, oder ſonſt aus den Umſtänden der Gemeinte ſich von ſelbſt ergiebt. Sonſt iſt die Enterbung ungültig. L. 2. de lib. et poſt. Nominatim exheredatus filius et ita videtur: *Filius meus exheres eſto*, ſi nec nomen ejus expreſſum ſit. Si modo vnicus ſit. Nam ſi plures ſunt filii, benigna interpretatione potius a plerisque reſpondetur, nullum exheredatum eſſe.

§. 585. Uebrigens dient jede Beſchreibung ſtatt des Namens, wenn ſie auch dem Enterbten ſchimpflich ſeyn ſollte. L. 3. pr. de lib. et poſt. Et ſi pepercerit filium dicere, ex Seja autem natum dixit: recte exheredat.

Et

Et ſi cum convicio dixerit: *Non nominandus*, vel: *Non filius meus*, *latro*, gladiator: magis eſt, vt recte exheredatus ſit. Et ſi ex adultero natum dixerit.

§. 586. Die Enterbung muß ferner unbedingt ſeyn. Geſchieht ſie mit Bedingung, ſo wird ſie, als ſchwankend, verworfen. L. 3. §. 1. de lib. et poſt. Pure autem filium exheredari, Iulianus putat. Qua ſententia vtimur. Iſt eine Einſetzung auf den entgegenſtehenden Fall geſchehen; ſo iſt nichts einzuwenden. Weil dies auf ein Formelwerk hinauslauft; ſo lieſſe ſich eine bedingte Enterbung, auch ohne ausdrückliche Einſetzung auf den entgegen ſtehenden Fall, nach den neueſten Grundſätzen vertheidigen. Da, wo die Enterbung nicht ſchlechthin nöthig, ſondern auch eine Uebergehung zuläßig iſt, hat die Sache ohnedem keinen Zweifel.

§. 587. Die Enterbung muß dergeſtalt geſchehen, daß der Enterbte, als Erbe, gar nichts erhalte. Wenn ihm noch der geringſte Theil des Vermögens, als Erbe, vermacht wird, ſo hat er wenigſtens die ſuppletoriſche Klage. Wie ehemals wegen der Enterbung, woben nicht alles genommen war, oder wegen der Einſetzung in einem ſehr geringen Theile des Vermögens das ganze Teſtament angefochten werden können, oder auf Erfüllung geklagt werden müſſen, iſt oben vorgekommen. Durch die neuere Verordnung des Codex haben ſich aber die Grundſätze von der ſuppletoriſchen Klage geändert, wie unten vorkommen ſoll.

§. 588. Der Enterbung war ſonſt ein gewiſſer Platz im Teſtamente angewieſen. Sie ging unterweilen vor der Erbeinſetzung vorher. L. 3. §. 3. de lib. et poſt. Ante heredis inſtitutionem exheredatus, ab omnibus gradibus ſummotus eſt. L. 1. pr. de hered. inſt. Qui teſta-

teſtatur, ab heredis inſtitutione plerumque debet initium facere teſtamenti. Licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit. Nam Divus Trajanus reſcripſit, poſſe nominatim etiam ante heredis inſtitutionem filium exheredari. Unterweilen folgte ſie hinter der Erbeinſetzung. Wie eben cit. L. 1. pr. lehrt.

§. 589. Hat der Teſtirer neben der Erbeinſetzung eine oder mehrere Subſtitutiones gemacht; ſo kann die Enterbung am Ende ſo geſchehen, daß ſolche auf alle Einſetzungen und Subſtitutionen gezogen werden ſoll. L. 1. C. de lib. praeter. Cum poſt omnium heredum gradus exheredatio ſcribitur, ſi adjiciat teſtator ab omnibus ſe gradibus exheredare: non dubitatur juri ſatisfactum eſſe. Et ideo etiam ſi id non adjiciatur, appareat tamen, eum id eo conſilio ſcripſiſſe, vt ab omnibus exheredaret: recte factum teſtamentum videtur. Proinde cum paterfamilias, filiis inſtitutis et invicem ſubſtitutis, filium exheredaverit: intelligendus eſt exheredationem ab vtroque gradu feciſſe. Nam cum iidem heredes inſtituti ſunt: nulla ratio reddi poteſt, quare videatur in poſteriore tantum caſu exheredare voluiſſe. Hier muß man annehmen, daß der Erblaſſer drey Söhne gehabt, wovon er zwey zu Erben ernannt, den dritten aber enterbt hat. Nur in dem erwähnten Falle wurde die am Ende der Subſtitution geſchehene Enterbung, ohne ausdrückliche Erklärung des Erblaſſers, auf beyde Grade gezogen. In allen andern Fällen war bey beyden Graden die Enterbung zu wiederholen, oder ausdrücklich zu erwähnen, daß die nur einmal vorkommende Enterbung auf beyde Grade gehen ſolle.

§. 590. Sonſt iſt, wenn Subſtitutionen gemacht worden, und nur bey der Inſtitution die Enterbung erwähnt iſt, die Subſtitution, oder wenn ſie nur bey dieſer erwähnt iſt, die Inſtitution ungültig. L. 3. §. 6. de lib.

et poſt. Si ita teſtatus ſit paterfamilias, vt a primo quidem gradu praeteriret, a ſecundo ſolo exheredaret, Sabinus et Caſſius et Iulianus putant, peremto primo gradu, teſtamentum ab eo gradu exordium capere, vnde filius exheredatus eſt. Quae ſententia comprobata eſt. L. 8. eod. Si a primo herede inſtituto filium exheredavero, a ſecundo autem ſubſtituto non exheredavero, et dum pendet, an prior aditurus ſit, filius deceſſerit: ſecundum ſententiam, qua vtimur, non erit ſecundus heres: quaſi ab initio inutiliter inſtitutus cum ab eo filius exheredatus non ſit. Quodſi in poſtumo filio idem acciderit, vt natus vivo patre, a quo exheredatus ſit, moriatur: eadem dicenda erunt de ſubſtituto: quoniam cum eſt natus filius, loco ejus eſt, qui ſuperſtes eſt. L. 8. ſagt in dem erſten Falle, die Subſtitution ſey ungültig, wenn auch der dabey übergangene Sohn nach des Vaters Tode ſtirbt, indem der inſtituirte Erbe ſich wegen der Antretung der Erbſchaft noch beſinnt. Sie iſt einmal ungültig. Sie kann alſo durch den Tod des übergangenen Sohns, der übrigens noch zu rechter Zeit zu erfolgen ſcheint, nicht gültig werden. In der Folge muß ſtatt: vivo patre beſſer: vivo primo geleſen werden, wie Cujacius richtig anmerkt. Primus iſt der Inſtitutus. Von dem Abſterben des poſtumi bey Leben des Vaters iſt hier gar nicht die Rede und wenn der poſtumus bey Leben des Vaters gebohren iſt, ſo iſt eben des Rechtens, als wenn er nach des Vaters Tode gebohren wäre. A. Faber Conjectur. L. 8. c. 20. hält die Worte: vt natus vivo patre, a quo exheredatus ſit moriatur, für einen Zuſatz eines Unwiſſenden, der die Worte: quodſi in poſtumo filio idem acciderit erklären wollen. Der Zuſatz ſey nicht vollſtändig genug zur Erklärung und ſey falſch, weil die, ſo bey Leben des Vaters, als poſtumi gebohren werden, nicht anders, als nach der Formel des L. Iun. Vellejae, zu Erben ernannt und ent-

enterbt werden können. Dieſer leztere Saz des A. Fabers aber iſt nicht von Bedeutung, weil, wenn von Enterbung des poſtumi die Rede iſt, ſolche ohnedem nach der Vellejaniſchen Formel zu verſtehen iſt. Altamiran bey Meerm. Theſ. Tom. 1. p. 468. ſqq. tritt dem Cujac. bey, meint aber es laſſe ſich auch die Leſart vivo patre vertheidigen. Beym poſtumo, wenn dieſer den Vater überlebt, hernach aber, ehe der Inſtitut ſich erklärt, verſtirbt, iſt alſo eben das Rechtens, nemlich daß dennoch die Subſtitution wegen Uebergehens des poſtumi ungültig bleibe.

§. 591. Daß bey der Subſtitution die Uebergehung eine Ungültigkeit mache, iſt übrigens nur denn wahr, wenn bey der Inſtitution der Sohn enterbt worden. Iſt er bey dieſer mit zu Erben ernannt, ſo iſt bey der Subſtitution nicht weiter nöthig, ihn zu erwähnen. L. 14. §. 1. de lib. et poſt. Quod vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus ſit, non valere, non vſque quaque verum eſſe ait. Nam ſi primo gradu heres inſtitutus ſit filius, non debere eum a ſubſtitutis exheredari. Ideoque ſi, filio et Titio heredibus inſtitutis, Titio Maevius ſubſtitutus ſit: Omittente Titio hereditatem, Maevium eam adire poſſe: quamvis filius ſecundo gradu exheredatus non ſit.

§. 592. Eben ſo ſchadete die Uebergehung beym erſten Grade nicht, wenn bey dem zweyten Grade der Sohn zu Erben ernannt worden. L. 75. de hered. inſt. Si filius ſubſtituatur ei, a quo praeteritus eſt: non vt inteſtati patris, ſed ex teſtamento habebit hereditatem. Quoniam et quolibet alio ſubſtituto, ſi fuiſſet ab eo exheredatus, inde teſtamentum inciperet, vbi filius eſſet exheredatus. Es war eine Regel, daß, wenn im erſten Grade die Uebergehung, im zweyten die Enterbung vorkam,

kam, zwar der erſte Grad nicht galt, doch gleich an deſſen Stelle der zweyte gültige eintrat. Weil nun die Ernennung des Sohns beym zweyten Grad ſo gültig seyn muſte, als die daſelbſt geſchehene Enterbung geweſen seyn würde, ſo war gegen das Teſtament nichts einzuwenden.

§. 593. Dies beſtärkt auch L. 43. §. 2. de vulg. et pup. ſubſt. Lucius Titius, cum haberet filios in poteſtate, vxorem heredem ſcripſit, et ei ſubſtituit filios. Quaeſitum eſt, an inſtitutio vxoris nullius momenti ſit, eo quod ab eo gradu filii non eſſent exheredati. Reſpondi, eum gradum, a quo filii praeteriti ſint, nullius eſſe momenti. Et ideo, cum iidem ſubſtituti proponantur, ex teſtamento eos heredes exſtitiſſe videri, ſcilicet quia non totum teſtamentum infirmant filii: ſed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit. Sicut reſponſum eſt, ſi a primo ſit filius praeteritus a ſecundo exheredatus. Nihil autem intereſt, qua ratione ſecundi heredis inſtitutio valeat; vtrum quia ab eo filius exheredatus eſt, an quia ipſe filius ſubſtitutus eſt. Es iſt nemlich hier ein Unterſchied zwiſchen ſchon gebohrnen Kindern und Poſtumis. Bey leztern würde in dieſen Falle auch der zweyte Grad ungültig geweſen seyn, wie oben §. 468. vorgekommen, bey erſtern aber war es anders.

§. 594. So wie die Enterbung bey der Inſtitution ſo gut, als nachmahls bey der Subſtitution geſchehen muß, ſo muß ſie auch bey jener und dieſer in Anſehung aller Erben des ganzen Grades geſchehen. Nicht in Anſehung des einen und des andern nur. Wird ſie vorangeſchickt, oder am Ende geſetzt, ſo iſt es als wenn ſie in Anſehung des ganzen Grades geſchehen wäre. L. 3. §. 2. de lib. et poſt. Filius inter medias quoque heredum inſtitutiones recte exheredatur. Et erit a toto gradu

du ſummotus, niſi forte ab vnius perſona eum teſtator exheredaverit. Nam ſi hoc fecerit, vitioſa erit exheredatio. Quaemadmodum ſi ita eum exheredaverit: Quisquis mihi heres erit, filius exheres eſto. Nam (vt Iulianus ſcribit) hujusmodi exheredatio vitioſa eſt: quoniam poſt aditam hereditatem voluit eum ſummotum. Quod eſt impoſſibile. Quemadmodum etc. enthält eine Subtilität. Wenn die Enterbung ſo geſchahe, daß man dabey vorher die Wirklichkeit des ernannten Erben merken ließ; ſo galt ſie nicht. Nach Antretung der Erbſchaft ſollte die Enterbung, wie man es erklärte erſt geſchehen. Das ging nicht an, weil vor der Antretung eine Uebergehung ſich fand, alſo das Teſtament ungültig war.

§. 595. Wenn zwiſchen dem erſten und zweyten Grad die Enterbung in die Mitte geſezt wird, ſo thut ſie auf beyde Grade ihre Würkung. L. 3. §. 4. de lib. et poſt. Inter duos autem gradus exheredatus, ab vtroque remotus eſt, ſecundum Scaevolae ſententiam, quam puto veram. §. 5. eod. In eo, qui miſcuit duos gradus exheredationem valere, Mauricianus recte putat. Veluti: *Primus heres eſto ex ſemiſſe. Si primus heres non erit, ſecundus ex ſemiſſe heres eſto. Tertius ex alio ſemiſſe heres eſto. Titius exheres eſto. Si tertius heres non erit, quartus heres eſto.* Nam ab vtroque gradu ſummotus eſt. §. 5. Iſt die Enterbung darum in Anſehung beyder Grade von Würkung, 1) weil ſie am Ende des erſten Grades und alſo zwiſchen dieſem und dem zweyten Grade ſteht 2) zwiſchen den erſten Grad der zweyte gemiſcht iſt. Alſo die Enterbung auf den einen, nicht würken kann, ohne auch in Anſehung des andern ihre Würkung zu thun.

§. 597.

§. 596. Daß einer nach ſeinem Tode enterbt werde, iſt lächerlich. Eine Verordnung des Teſtaments, welche dieſen Gedanken mit ſich brachte, war daher ungültig. L. 13. §. 2. de lib. et poſt. Teſtamentum, quod hoc modo ſcribitur: *Titius poſt mortem filii mei heres eſto, filius exheres eſto*, nullius momenti eſt: quia filius poſt mortem ſuam exheredatus eſt; Quare et contra tabulas paternorum libertorum hujusmodi filius bonorum poſſeſſionem accipere poterit. Der Enterbte wird in dieſem Falle Inteſtat-Erbe. Alſo hat er auch in Anſehung der Freygelaſſenen des Vaters alle Rechte, als wenn er nicht enterbt wäre.

§. 597. Die rechtmäſſige Ausſchlieſſung von der Erbſchaft gilt nur ſo lange, als das Teſtament bey Kräften bleibt. Wird ſolches durch einen anderweiten Umſtand ungültig, ſo erbt der Ausgeſchloſſene nun als Inteſtat-Erbe. L. 9. §. 2. de lib. et poſt. Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero et alium heredem inſtituero, et ſupervixerit filius poſt mortem meam: licet ante aditam hereditatem deceſſerit: non tamen nepotem rupturum teſtamentum, Iulianus et Pomponius et Marcellus ajunt. Diverſumque eſt, ſi in hoſtium poteſtate filius ſit, et deceſſerit in eodem ſtatu. Rumpit enim his caſibus nepos teſtamentum. Quod moriente avo filii jus pependerit, non abſciſſum, vt ſuperiore caſu, fuerit. Sed et ſi heres inſtitutus omiſerit hereditatem, erit legitimus heres: quoniam haec verba: *ſi inteſtato moritur*, ad id tempus, referuntur, quod teſtamentum deſtituitur, non, quod moritur. Da der Sohn enterbt, ſein Kind, als Enkel übergangen, und ein Fremder zu Erben ernannt war, überlebte der Sohn den Teſtirer, ſtarb aber während der Beſinnzeit des Erben. Nachher erklärte ſich der Erbe zur Erbſchaft. Der Enkel meinte, er könne das Teſtament an-

anfechten. Aber ohne Grund. Da der Vater noch am Leben war, brauchte des Enkels im Teſtamente nicht gedacht zu ſeyn. Der Vater hatte auch den Teſtirer überlebt. Daher war der Enkel nicht an deſſen Stelle getreten. Wenn der Erbe ſich zur Erbſchaft erklärt, ſo iſt es, als wenn er gleich bey dem Abſterben des Erblaſſers ſchon Erbe geweſen wäre. Daher ſtand er dem Sohne und alſo auch dem Enkel im Wege. War der Sohn, der enterbt oder übergangen worden, zur Zeit des Teſtaments in der Kriegsgefangenſchaft und ſtarb auch in ſelbiger; ſo war es, als wenn er vor dem Teſtament geſtorben wäre. Nun iſt der Enkel unmittelbarer Erbe des Teſtirers, und wenn ſein im Teſtamente nicht gedacht iſt, iſt es ungültig. Im erſten Falle war dem Sohn ſein Recht ohne alle Ungewißheit durch die Enterbung entzogen, und da er den Vater überlebte, auch dem Enkel; (abſciſſum eſt) im leztern Falle nicht, ſondern es hieng ſein Recht hier von den Umſtänden ab, ob er in der Gefangenſchaft ſterben würde, oder nicht (pependit) Starb er darin, ſo war der Enkel unmittelbarer Erbe des Teſtirers von Zeit des Teſtaments an. Starb er darin nicht, und hatte den Teſtirer überlebt, ſo war es, als wenn er nicht gefangen geweſen wäre. Wenn in erſterm Falle der Erbe ſich nach des Sohnes, der den Teſtirer überlebt hat, Tode, vom Nachlaß losſagt, ſo wird der Enkel Inteſtat-Erbe. Es ſcheint nicht, weil die 12 Tafeln ſagten: Si inteſtatus moritur, welches anzuzeigen ſcheint, daß der Inteſtat-Erbe, es gleich zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſeyn muß. Aber wer ſollte Erbe ſeyn? Der Sohn iſt ja bey der Losſagung todt. Der Teſtaments-Erbe bekommt die Erbſchaft nicht. Alſo iſt auf alle Fälle der Enkel der nächſte in der Ordnung und einzige, der erben kann. Daher die Worte der 12 Tafeln hier auf die Zeit gezogen werden müſſen, wo das Teſtament deſtituirt wird. Die 12 Tafeln reden auch

von

von einem Falle, wo kein Teſtament da iſt. Dies iſt aber denn erſt nicht da, wenn es hinweg fällt. Auf den Tod des Erblaſſers kommt es allein an, wenn nur kein Teſtament gemacht iſt.

§. 598. Von der gewöhnlichen Enterbung, von welcher bisher geredet worden, iſt eine beſondere Art derſelben, welche man eine gut gemeinte, bona mente factam nennt, zu unterſcheiden. Ayrer de jure parent. legit. liberor. bona mente grav. Zoller, Fromman. Reinh. Schulte, Link, Demooge, Boccler de exhered. bona mente facta. Sie geſchieht nicht zur Beſtrafung des Enterbten wegen ſeines ſchlechten Betragens gegen den Teſtirer, ſondern in der Abſicht, damit demſelben Vortheil daher entſtehen ſoll, und iſt eine Cautel, ihm ſein Vermögen, Unterhalt, und Wohlſtand zu erhalten. Dahin z. E. wenn Unmündige, weil ihr Vermögen in unſichere Hände kommen möchte, ſo lange ſie unmündig ſind, enterbt werden, ſo daß ſie doch in dieſer Zeit ihren Unterhalt haben, hernach aber das Vermögen ſicher abgeliefert bekommen. L. 18. de lib. et poſt. Multi non notae cauſa exheredant filios, nec vt eis obſint, ſed vt eis conſulant (vtputa impuberibus) eisque fideicommiſſam hereditatem dant. cf. L. 16. §. 2. de cur. furioſ. L. 12. §. 2. de bon. libert. Bey dieſer Enterbung iſt die vorhin ausgeführte Form anderer Enterbungen nicht nöthig, ſondern die Richtigkeit der guten Abſicht und des guten Nutzens iſt alles, was dazu erfordert wird.

§. 599. Bey der Einſetzung der Kinder iſt nichts beſonders, als daß ihnen der Pflichttheil ganz verlaſſen und alle Beſchwerunng entfernt werden müſſe. Sonſt wird die ſuppletoriſche Klage gebraucht und die Beſchwe-

rung als nicht beygefügt angeſehen, wie bereits oben vorgekommen.

§. 600. Wenn der Teſtirer vorher ſein Kind erſt enterbt, gleich nachher aber wieder zu Erben ernannt hat, ſo gilt die Ernennung, als die leztere Verordnung und hebt die Enterbung als die erſtere wieder auf. L. 21. de lib. et poſt. Si filium nominatim exheredavero, et eum poſtea heredem inſtituero: heres erit. Majanſ. ad 30 ICtos P. 1. p. 240.

§. 601. In einem Falle, da der Teſtirer ſeinen künftigen Sohn oder ſeine künftige Tochter, neben ſeiner Frau, jedoch jenen nach einer andern Proportion, als dieſe, nebſt der Frau, ernannt hatte, und Sohn und Tochter zugleich gebohren wurden; entſtand die Frage wegen der Proportion, ſo nun hier zwiſchen den beyden Kindern und der Frau anzunehmen ſey, welche ganz ſinnreich entſchieden iſt. L. 13. pr. de lib. et poſt. Si ita ſcriptum ſit: *Si filius mihi natus fuerit, ex beſſe heres eſto: ex reliqua parte vxor mea heres eſto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres eſto: ex reliqua parte vxor heres eſto:* et filius et filia nati eſſent: dicendum eſt, aſſem diſtribuendum eſſe in ſeptem partes: vt ex his filius quatuor, vxor duas, filia vnam partem habeat. Ita enim, ſecundum voluntatem teſtantis, filius altero tanto amplius habebit, quam vxor: Item vxor altero tanto amplius quam filia. Licet enim ſubtili juris regulae conveniebat, ruptum fieri teſtamentum: attamen quum ex vtroque nato teſtator voluerit vxorem aliquid habere: ideo ad hujusmodi ſententiam humanitate ſuggerente decurſum eſt. Quod etiam Iuventio Celſo apertiſſime placuit. Man ſehe Averan. Interpr. L. 1. c. 21. n. 6.

§. 602.

§. 602. Die Uebergehung der Suorum und ſuarum aller Art macht eine Ungültigkeit.

§. 603. In Anſehung der Emancipirten iſt das alte Recht geblieben. Die weiblichen Aſcendenten und Aſcendentes cognati können die Kinder übergehen, und enterben, nur mit der Form der Nov. 115. c. 3.

§. 604. Wie es mit den Pflege-Kindern nach dem neueſten Rechte zu halten iſt ſchon oben da geweſen. In Anſehung der unehlichen iſt auch eben das zu wiederholen, was ſchon oben geſagt iſt.

Vierter Abſchnitt.

Neueſte Grundſätze von Ernennung und Ausſchlieſſung der Eltern.

§. 605. Form der Ernennung oder Ausſchlieſſung der Eltern nach der Nov. 115. wie auch Beweis bey der Eltern Querel, und Würkung der Querel und des Verſtoſſes gegen die Novelle in Anſehung der Legaten. §. 606. Urſachen der Ausſchlieſſung der Eltern.

§. 605.

Wenn Kinder ein Teſtament machen, ſo können ſie die Eltern übergehen, oder enterben, oder zu Erben ernennen. Das lezte geſchieht eben ſo, wie bey dem Teſtament der Eltern. Die Enterbung und Uebergehung muß nach der Form der Nov. 115. c. 4. geſchehen. Alſo wird die an ſich ungültige Enterbung nicht gültig, wenn auch den Eltern durch Legat oder ſonſt des Pflichttheils wegen Befriedigung gegeben worden, und der Ausſchlieſſung derſelben von der Erbſchaft muß eine geſezliche Urſa-

che beygefügt ſeyn. Nov. 115. c. 4. Iuſtum autem perſpeximus et e contrario de liberorum teſtamentis haec eadem cum aliqua diſtinctione diſponere. Sancimus itaque, non licere liberis parentes ſuos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis in quibus habent teſtandi licentiam, eas omnino alienare: niſi cauſas, quas enumeravimus in ſuis teſtamentis ſpecialiter nominaverint. Has autem decernimus. §. 9. eod. Si tales igitur cauſas, vel certas aut vnam ex his, liberi ſuis teſtamentis inſcripſerint, et ſcripti ab eisdem heredes aut omnes, aut certas, aut vnam ex his, probaverint: teſtamentum in ſua firmitate manere praecipimus. Si autem haec omnia non fuerint obſervata, nullam vim hujusmodi teſtamentum, quantum ad inſtitutionem heredum habere ſancimus: ſed reſciſſo teſtamento eis, qui ab inteſtato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari diſponimus, legati videlicet vel fideicommiſſis et libertatibus, et tutorum dationibus, ſeu aliis capitulis, ſicut ſuperius dictum eſt, ſuam obtinentibus firmitatem. Si quid autem pro legatis ſive fideicommiſſis et libertatibus, et tutorum dationibus, aut quibuslibet aliis capitulis, in aliis legibus inventum fuerit huic conſtitutioni contrarium: hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae, quantum ad ingratitudinis cauſas contra praedictas perſonas ſtatuendae ſunt: ſi quae autem ex his inter crimina reputantur, eorum autores etiam alias poenas ſentiant legibus definitas. Alſo iſt auch in Anſehung des Beweiſes der Richtigkeit der Urſachen und der Würkung auf die Legata und dergleichen alles das auch hier veſtgeſezt, was bey dem Teſtamente der Eltern.

§. 606. Die beſondern Urſachen ſind folgende §. 1. Si parentes ad interitum vitae liberos ſuos tradiderint: citra

citra cauſam tamen, quae ad majeſtatem pertinere cognoſcitur §. 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes, filiorum vitae inſidiati probabuntur. §. 3. Si pater nurui ſuae aut concubinae, filii ſui ſe immiſcuerit. §. 4. Si parentes filios ſuos teſtamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent teſtandi licentiam: omnibus videlicet in hujusmodi teſtamentorum prohibitione ſervandis, quae in parentum perſona diſtinximus. §. 5. Si contigerit autem virum vxori ſuae ad interitum, aut alienationem mentis dare venenum, aut vxorem marito vel alio modo alterum vitae alterius inſidiari: tale quidem, vtpote publicum crimen conſtitutum, ſecundum leges examinari, et vindictam legitimam promereri decernimus, liberis autem eſſe licentiam, nihil in ſuis teſtamentis de facultatibus ſuis illi perſonae relinquere, quae tale ſcelus noſcitur commiſiſſe. §. 6. Si liberis, vel vno ex his in furore conſtituto, parentes eos curare neglexerint: omnia et hic obſervari praecipimus, quae de parentibus furioſis ſuperius diſpoſuimus. §. 7. His caſibus etiam cladem captivitatis adjungimus, in qua ſi liberos detineri, et per parentum contemtum vel negligentiam non redemtos, ab hac luce tranſire contigerit, nullatenus eorum parentes ad facultates, perveniant liberorum, de quibus filii teſtari potuerunt: ſed omnia in hoc quoque capitulo ſerventur, quae et de parentibus vel cognatis atque agnatis, qui ab inteſtato ad talium perſonarum jura vocantur, aut de extraneis ſcriptis heredibus ſupra cenſuimus. §. 8. Si quis de praedictis liberis orthodoxus conſtitutus ſenſerit ſuum parentem, vel parentes, non eſſe catholicae fidei: haec et in eorum perſona tenere, quae ſupra de parentibus juſſimus. Die erſte Urſach iſt die dritte und ſiebente des cap. 3. Alle übrigen, die ſich umkehren lieſſen, ſind gleichfalls hieher gezogen

zogen, und es iſt bey jeder dasjenige hier zu wiederholen, was wir oben bey denſelben ſchon angemerkt haben. Das einzige Beſondere iſt §. 5. daß den Kindern auch wegen böſem Vorhabens des einen Ehegatten gegen den andern, die Erlaubnis der Enterbung und Ausſchlieſſung des böſen Ehegatten eingeräumt worden. Weil ſolches blos bey dem Teſtamente der Kinder geſtattet iſt, und wir uns genau an die Beſtimmung dieſes cap. 3. und 4. halten ſollen; ſo verſteht ſich, daß Eltern ihre Kinder deshalb nicht ausſchlieſſen können, weil ſie gegen ein Geſchwiſter, oder des Teſtirers Ehegatten etwas Böſes vorgehabt. Wenn dies geſchehen dürfte, ſo hätte es Juſtinian geſagt. Er hat die Enterbungs-Urſachen von den Kindern, auf die Eltern angewendet, aber nicht von den Eltern auf die Kinder.

Fünfter Abſchnitt.

Neueſte Grundſätze von Ernennung und Ausſchlieſſung der Geſchwiſter.

§. 607. Einſetzung und Ausſchlieſſung der Geſchwiſter. Natur der Inofficioſitäts-Klage, die ihnen geſtattet iſt.

§. 607.

Geſchwiſter, können gültig übergangen, enterbt und eingeſezt werden. Wenn ihnen aber eine ehrloſe Perſon vorgezogen iſt, ſo haben ſie in dieſem Falle einen Pflichttheil zu fordern. Ihre Erbeinſetzung hat in ſolchem Falle nichts beſonderes, ſo von der Einſetzung der Kinder und Eltern verſchieden wäre. Die Enterbung und Uebergehung haben die Form und Beſonderheiten der Nov. 115. c. 3. und 4. nicht. Die Urſach davon braucht nicht

im Teſtamente zu ſtehen. Iſt gar keine geſetzliche Urſach vorhanden, ſo hat nur die Inofficioſitäts-Klage ſtatt. Sie werden auch von dieſer abgewieſen, wenn ihnen ſo viel durch Vermächtnis oder ſonſt verlaſſen iſt, als der Pflichttheil beträgt. Iſt weniger verlaſſen, ſo haben ſie die ſuppletoriſche Klage. In Anſehung des Beweiſes der Richtigkeit vorhandener Urſachen zur Enterbung bleibt es bey den alten Grundſätzen. Wenn Geſchwiſter das Teſtament mit der Inofficioſitäts-Klage anfechten, und gewinnen, ſo ſollte eigentlich, nach den Grundſätzen des alten Rechts, das in Anſehung ihrer nicht geändert iſt, das ganze Teſtament mit allem Zubehör dahin fallen. Man behauptet aber nicht ohne Grund, aus Urſachen der Billigkeit, daß nunmehro auch bey den Geſchwiſtern blos die Erbeinſetzung umgeworfen werde, weil nemlich ſonſt die Geſchwiſter in dieſem Punct mehr Rechte hätten, als Eltern und Kinder. Uebrigens ſind die Urſachen, weshalb Geſchwiſter vom Pflichttheil im Fall, wo ſie ihn zu fordern haben, ausgeſchloſſen werden können, Nov. 22. c. 47. in den Anfangs-Worten angegeben.

Sechſter Abſchnitt.

Neuerung in Anſehung der ſuppletoriſchen Klage.

§. 608. Neueſte Beſchaffenheit der ſuppletoriſchen Klage. §. 609. Sie iſt eben dieſelbe bey geſchriebenen und mündlichen Teſtamenten. §. 610. Die Annehmung des verlaſſenen geringen Theils ſchadet der Klage nicht.

§. 608.

Wegen des Falles, wo denen, welchen der Pflichttheil gebührt, derſelbe nicht ganz verlaſſen worden, ſondern eine Einſetzung in einem geringern Theile oder eine Enterbung

erbung in einem ſolchen geſchehen, hat Juſtinian das Alterthum gänzlich geändert. Es kommt nicht weiter darauf an, ob der geringe Theil eine res certa oder eine Quote iſt. Er nimmt keinen Unterſchied an, ob der Erblaſſer die Erfüllung des Pflichttheils verordnet habe, oder nicht, und ob die, mit welchen der Verkürzte zu thun hat, gleich nahe Verwandte, wie er, ſind oder nicht, In allen dieſen Fällen ſoll blos Erfüllungs-Klage ſtatt finden, und Inofficioſitäts-Beſchwerde ſchlechthin wegfallen. Die Annahme des geringen Theils, ohne allen Vorbehalt, ſoll aber der Erfüllungsklage nicht weiter im Wege ſeyn. Eine Ausnahme nimmt A. Faber Err. pragm. D. 14. E. 9. ohne Grund an, wenn der Erblaſſer das Kind ausdrücklich von dem übrigen Vermögen enterbt hat. Der Geſetzgeber hat keinen Unterſchied gemacht. Cleemann de ſupplend. port. legit. Schweder de cond. ex lege ad ſupplem. legit. compet. ab Arnim de legit. et act. ad ſuppl. per teſtam. ſubſcript. neutiq. ſublat. Heineken de parent. et fratrib. ex L. 30. C. de inoff. teſt. agere valent. §. 3. J. de inoff. teſt. Sed haec ita accipienda ſunt, ſi nihil eis penitus a teſtatoribus teſtamento relictum eſt, quod noſtra conſtitutio ad verecundiam naturae introduxit. Sin vero quantacunque pars hereditatis, vel res eis fuerit relicta: de inofficioſo querela quieſcente, id, quod eis deeſt, vsque ad quartam legitimae partis repleatur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri. L. 30. pr. C. de inoff. teſt. Omnimodo teſtatorum voluntatibus proſpicientes magnam et innumerabilem occaſionem ſubvertendae eorum diſpoſitionis amputare cenſemus: et in certis caſibus, in quibus de inofficioſis defunctorum teſtamentis vel alio modo ſubvertendis moveri ſolebat actio, certa et ſtatuta lege tam mortuis conſulere, quam liberis eorum, vel aliis perſonis, quibus eadem actio competere poterat:

vt

vt ſiue adjiciatur in teſtamento de adimplenda legitima portione, ſive non, firmum quidem ſit teſtamentum, liceat vero his perſonis, quae teſtamentum quaſi inofficioſum, vel alio modo ſubvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima ſibi relictum eſt, ad adimplendam eam ſine vllo gravamine vel mora exigere: ſi tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos ſcilicet ingratos circa ſe fuiſſe teſtator dixerit: nam ſi nullam eorum quaſi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare et hujusmodi quaeſtionem introducere. Et haec quidem de his perſonis ſtatuimus, quorum mentionem teſtantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate, vel legato vel fideicommiſſo, licet minorem legitima portione reliquerint §. 1. eod. Sin vero vel praeterierint aliquam eorum perſonam jam natam, vel ante teſtamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre conſtitutam, vel exheredatione, vel alia eorum mentione facta, nihil eis penitus reliquerint: tunc vetera jura locum habere ſancimus, nullam ex praeſente promulgatione novationem vel permutationem acceptura. Man muß hier allemal, wie ſchon oben erinnert iſt, annehmen, daß die, welchen ein geringer Theil verlaſſen iſt, dabey enterbt worden, woſern ſie nemlich ſolche ſind, welche enterbt werden müſſen. Sind ſie übergangen, und der Theil iſt ihnen nicht als Erben verlaſſen, ſo war ſchon in den alten Zeiten eine Ungültigkeit vorhanden. Sind ſie in dem geringen Theil, zu Erben ernannt; ſo iſt die Sache auch noch nach dem neueſten Rechte gültig, und muß blos auf Erfüllung geklagt werden. Sind ſie nach verlaſſenem geringen Theil, welches nach dieſer Stelle zwar noch durch ein Legat geſchehen kann, aber nach neueſten Rechte bey Eltern und Kindern titulo inſtitutionis honorabili geſchehen muß, zugleich enterbt, ſo hat actio ſuppletoria ſtatt, wobey

bey aber nach den neueſten Recht noch allerley Unterſchied iſt. Sollte der geringe Theil nicht titulo inſtitutionis den Kindern und Eltern verlaſſen ſeyn, ſo iſt es, nach neueſtem Rechte, als ob ſchlechthin eine Enterbung geſchehen wäre. In Anſehung der Geſchwiſter würde der geringere Theil, ſo titulo legati verlaſſen worden, eben ſo anzuſehen ſeyn, als wenn er titulo inſtitutionis gegeben worden. Bey der Enterbung kommt es nun darauf an, ob ſie die Form der 115ten Novelle hat. Hat ſie die und iſt daneben eine Inſtitutio in parte minore und zwar bey Eltern und Kindern titulo inſtitutionis vorhanden, ſo wird die Erfüllungs-Klage wegfallen, weil das, was unſer L. 30. pr. verordnet, in dieſem Punkt nicht geändert iſt. A. Faber iſt der Meynung, im Fall, wo ein zu geringer Theil verlaſſen, und vom übrigen Vermögen das Kind enterbt iſt, müſſe querela inofficioſi gebraucht werden. Er redet aber mehr von dem, was Juſtinian verordnen ſollen, als was er würklich verordnet hat. Err. pragm. D. 14. E. 7. 8. Sollte ſich bey der Enterbung und Ausſchlieſſung eine Inofficioſität finden, ſo würde doch nicht die Inofficioſitäts-Klage erhoben werden können; ſondern auf Erfüllung geklagt werden müſſen. Wäre die Enterbung ohne die gehörige Form, ſo wäre wieder, wenn ein geringer Theil Eltern oder Kindern zugleich titulo inſtitutionis verlaſſen worden, blos actio ſuppletoria zu gebrauchen. Die, welche nach neueſten Rechten nicht brauchen enterbt zu werden, haben auch bey der Uebergehung die Erfüllungs-Klage. Das ſind Eltern und Geſchwiſter, dieſe bedienen ſich derſelben, wenn ihnen nur etwas vermacht iſt, und zwar Eltern titulo inſtitutionis, Geſchwiſtern quocunque titulo. Nur iſt bey Eltern ein Unterſchied, ob die Uebergehung die Form der 115ten Novelle hat oder nicht. Hat ſie ſolche, ſo iſt es, wie von der formellen Enterbung geſagt worden. Hat ſie ſolche Form nicht, ſo iſt es wieder, als wenn die Enterbung ſolche Form nicht hat.

§. 609.

§. 609. Was Juſtinian von der ſuppletoriſchen Klage verordnet hat, ſoll auch von mündlichen Teſtamenten ſo gut, als von ſchriftlichen, gelten. L. 31. C. de inoff. teſt. Quae nuper ad teſtamenta conſervanda, nec facile retractanda, ſancivimus, vt ratione Falcidiae minime illis perſonis derelicta, quae ad inofficioſi teſtamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur teſtamenta, ſed, quod deeſt legitimae portioni, id eſt, quartae parti ſcilicet ab inteſtato ſucceſſionis, tantum repleatur; exceptis illis, quibus nihil in teſtamento derelictum eſt, in quibus priſca jura illibata ſervamus etiam ad teſtamenta ſine ſcriptis facienda locum habere ſancimus.

§. 610. Daß die Annehmung des geringen Theils ohne allen Vorbehalt der Erfüllungsklage nicht ſchade, lehrt L. 35. §. 2. C. de inoff. teſt. Et generaliter definimus: quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis cauſa donatione, vel inter vivos, ſub ea conditione, vt haec inter vivos donatio in quartam ei computetur: ſi filius poſt obitum patris hoc, quod relictum vel donatum eſt, ſimpliciter agnoverit, forte et ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei relictum vel datum eſt, accepiſſe, non adjiciens nullam ſibi ſupereſſe de repletione quaeſtionem: nullum ſibi filium facere praejudicium, ſed legitimam partem repleri: niſi hoc ſpecialiter, ſive in apocha, ſive in transactione ſcripſerit vel pactus fuerit quod contentus relicta vel data parte, de eo, quod deeſt, nullam habeat quaeſtionem. Tunc eum omni excluſa quaerela paternum amplecti compelletur judicium. §. 3. *eod.* Quae omnis ſanctio ſuas radices extendat, non ſolum ad filium vel filiam, ſed etiam ad omnes perſonas, quae de inofficioſo querelam contra mortuorum elogia poſſunt movere. Wenn wegen der

Schen-

Schenkung unter Lebendigen der Teſtirer verordnet, daß ſolche in den Pflichttheil gerechnet werden ſolle; ſo macht er daraus in Anſehung der actionis ſuppletoriae eine Verlaſſenſchaft des Teſtaments. Securitas iſt eben das, was apocha.

Vierte Section.

Die Subſtitution.

Erſtes Segment.

Ueberhaupt.

§. 611. Uebergang zur Subſtitution. §. 612. Eintheilung der Inſtitution in Inſtitution und Subſtitution. §. 613. Arten der Subſtitution. §. 614a. Subſtitutio vulgar. und pupillar. §. 514b. Einer kann mehrern und mehrere können Einem ſubſtituirt werden.

§. 611

Dies war, was das Römiſche Recht von der nothwendigen Erbeinſetzung lehrt. Die Inſtitution iſt, wie oben ſchon vorgekommen, der Subſtitution entgegen geſezt, von welcher, und ſowohl von dem, was man Inſtitutio directa und vulgaris nennt, als auch von der pupillariſchen und übrigen verwandten Subſtitutionen, nun das Nöthige zu ſagen ſeyn wird. Man ſehe Papillon. de direct. hered. ſubſtitut. Otto Theſ. Tom. 4. p. 669. ſq. Chiflet de Subſtitutionib. l. c. Tom. 5. p. 677. de Manzano de vulg. et pub. ſubſt. bey Meerm. Theſ. Tom. 7. p. 321. Rotgerſius de quatuor Spec. Subſtitut. Felz Poſ. de ſubſtit. Ej. Excerpta de ſubſtit. Hertling, Turin de ſubſtit. Stryk de jure ſubſtit. Carrach.

d:

de ſubſtit. dir. in arg. in form. dub. Nedelmann de ſubſtit. dir. Bolter., de Golz. Pfann., Toullieu de ſubſt. vulg. Schwend de Subſtitut. Streit Pr. de inſtit. et ſubſtit. Mayr de ſubſtit. tam dir. quam obliq.

§. 612. Daß man die Erbeinſetzung auch in die Inſtitution und Subſtitution einzutheilen habe, lehrt L. 1. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Heredes aut inſtituti dicuntur, aut ſubſtituti. Inſtituti, primo gradu: ſubſtituti, ſecundo vel tertio. Paul. Sentent. L. 3. tit. 4. B. de inſt. hered. §. 4. Heredes aut inſtituti aut ſubſtituti dicuntur. Inſtituuntur primo gradu: ſubſtituuntur, ſecundo vel tertio ſcripti. Vlp. Fragm. Tit. 22. §. 33. Heredes aut inſtituti dicuntur, aut ſubſtituti. Inſtituti, qui primo gradu, vel ſequentibus heredes ſcripti ſunt: velut: *Titius heres eſto, cernitoque in diebus proximis centum quibus ſcieris poteriſque: niſi ita creverit, exheres eſto. Tunc Maevius heres eſto, cernitoque in diebus*, et reliqua. Similiter et deinceps ſubſtitui poteſt. Daß die Inſtitution der erſte Grad, die Subſtitution der zweyte Grad, und ſo weiter, der Erbeinſetzung genannt werde, iſt ſchon oben oft vorgekommen. Wenn wieder dem Subſtituirten auf gleiche Art vulgariter ſubſtituirt wird, ſo entſteht der dritte Grad, welchem noch mehrere folgen können.

§. 613. Die Arten der Subſtitution und beſonders den Unterſchied zwiſchen Subſtitutio vulgaris und pupillaris lehrt Paul. Sent. L. 3. tit. 4. B. §. 5. Subſtituere quis et pure et ſub conditione poteſt, et tam ſuis, quam extraneis; tam puberibus, quam impuberibus. Caji Inſtit. L. 2. tit. 4. pr. Subſtitutio eſt quae poſt inſtitutionem a teſtatore fieri ſolet, id eſt, ſecundi heredis appellatio. Et duae ſunt, quarum vna vulgaris dicitur, alia pupillaris.

§. 614.

§. 614. Die Begriffe von dieſen beyden Subſtitutionen giebt Cajus Inſtit. L. 2. tit. 4. §. 1. Vulgaris dicitur: *Ille mihi heres eſto* ſive hoc filio, ſive extraneo. *Quod ſi hereditatem meam adire nolueris, illum ſubſtituo, ad quem hereditas mea debeat pertinere.* §. 2. Pupillaris ſubſtitutio filiis tantummodo impuberibus dari poteſt, quae ita fit: *Ille filius ſi intra pubertatem* deceſſerit, illum ſubſtituo. Sed pupillaris ſubſtitutio ita ſecreta eſſe debet, vt ad notitiam ſubſtituti pervenire non poſſit, ne vitae pupilli aliquas ſubſtitutus inſidias moliatur. Nam in extrema pagina teſtamenti fieri debet, vt pars illa, in qua ſubſtitutio pupillaris ſcripta eſt, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obſignata permaneat et prior pars teſtamenti, in qua heres ſcriptus eſt, reſeretur. Hoc etiam et de donis fieri poteſt. Der Zuſatz von der Verheimlichung der Pupillar-Subſtitution wird weiter unten erläutert werden. Die Worte: Hoc etiam et de donis fieri poteſt, ſind vermuthlich von Legatis und Fideicommiſſis zu verſtehen, welche dem pupillar Subſtituten auferlegt ſind, und die ſo gut zu verheimlichen rathſam iſt, als die Subſtitution ſelbſt.

§. 614 b. Es iſt allen beyden Subſtitutionen gemein, daß man mehrere an die Stelle eines einzigen ſubſtituiren könne, oder umgekehrt, ſo wie man einzelne Perſonen an die Stelle anderer einzelen Erben ernennet. §. 1. J. de vulg. ſubſt. Et plures in locum vnius poſſunt ſubſtitui, vel vnus in plurium, vel ſinguli in ſingulorum, vel invicem ipſi, qui heredes inſtituti ſunt. L. 36. §. 1. de vulg. et pub. ſubſt. Et vel plures in vnius locum poſſunt ſubſtitui, vel vnus in plurium vel ſinguli ſinguli, vel invicem ipſi, qui heredes inſtituti ſunt.

Zweytes Segment.

Die Subſtitutio reciproca.

§. 615. Subſtitutio reciproca. §. 616. Die Subſtitutio reciproca erfordert, daß der, welcher als Subſtitut erben will, auch Erbe ex inſtitutione werde. §. 617. Der Subſtitut erbt hier in Subſtitutione nach der Proportion der Inſtitution. §. 618. Propoſitione conjuncti gehen hier den disjunctis vor. 619. Wer ſeinen Theil in Inſtitutione erhalten, iſt auch zur Annehmung der Subſtitution gezwungen. §. 620. Von doppelter Subſtitutione reciproca. §. 621. Wenn einer der Erben ex inſtitutione ſeinen Theil ſchon angenommen, ſo bekommen ſeine Erben dennoch den in Subſtitutione reciproca nach des Inſtituti Tode erſt eröfneten Theil nicht. §. 622. Langebeks Erklärung. §. 623. Subſtitutio pupillaris reciproca. §. 624. Cautel auch zwiſchen zweyen die Abſicht der Subſtitutionis pupillaris reciprocae zu erreichen, von denen doch nur einer der pupillar Subſtitution fähig.

§. 615.

Die vulgar Subſtitution ſowohl, als die pupillariſche, kan man ſo einrichten, daß diejenigen, welche neben einander zu Erben ernannt ſind, zugleich einander gegenſeitig ſubſtituirt werden. Denn heiſt es Subſtitutio reciproca. Reuter de ſubſtit. recipr. ejusq. a jur. accr. diſcr. Cleemann. de recipr. exhered. ſubſtitut. L. 37. §. 1. de hered. inſtit. Haec verba: *Publius*, *Marcus*, *Gajus*, *invicem ſubſtituti*, *heredes mihi ſunto*, ſic interpretanda ſunt, vt breviter videretur teſtator tres inſtituiſſe, et invicem eos ſubſtituiſſe, perinde ac ſi ita ſcripſiſſet: *Ille et ille et ille inſtituti heredes*, *et ſubſtituti ſunto*. Wenn dergleichen gegenſeitige Subſtitution gemacht iſt, ſo begreift ſie, wie alle Subſtitution alle Fälle unter ſich, in welchen der erſt ernannte Erbe ausfällt,

fällt, er ſterbe nemlich, oder wolle nicht, oder könne ſonſt nicht Erbe werden.

§. 616. Die gegenſeitige Subſtitution iſt, in ſo fern ſie eine Subſtitutio vulgaris iſt, von eben der Art, als das ſchon in den Geſetzen gegründete jus accreſcendi. Sie ſezt, wie dieſes, voraus, daß der, ſo durch Subſtitution erben will, auch würklich Miterbe in der Inſtitution werde, dies lehrt L. 45. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Paulus reſpondit, ſi omnes inſtituti heredes omnes invicem ſubſtituti eſſent, ejus portionem, qui quibusdam defunctis poſtea portionem ſuam repudiavit, ad eum ſolum, qui eo tempore ſupervixit, ex ſubſtitutione pertinere. Des ausfallenden Miterben in der Inſtitution Antheil, accreſcirt, wie bey dem Iure accreſcendi, ſo bey der Subſtitutione reciproca dem der würklich Miterbe wird.

§. 617. Der Subſtitut erbt nach dem Verhältnis in der Subſtitution, nach welchem der Teſtirer die Theilung in der Inſtitution gemacht hat, ſo wie es auch bey dem jure accreſcendi gewöhnlich iſt L. 5. de vulg. et pup. ſubſt. Si in teſtamento heredes ſcripti ita alicui ſubſtituti fuerint, vt, ſi is heres non eſſet, quisque ſibi heres eſſet, is in parte quoque deficientis vocari placuit. Neque intereſſe, jure inſtitutionis quisquam ex majore parte heres factus eſſet, an quod per legem alteram partem alicujus vindicaſſet. L. 24. eod. Si plures ſint inſtituti ex diverſis partibus et omnes invicem ſubſtituti: plerumque credendum et ex iisdem partibus ſubſtitutos, ex quibus inſtituti ſint. Vt ſi forte vnus ex vncia, ſecundus ex octo, tertius ex quadrante ſit inſtitutus: repudiante tertio, in novem partes dividatur quadrans, feratque octo partes, qui ex beſſe inſtitutus fuerat, vnam partem, qui ex vncia ſcriptus eſt. Niſi

forte alia mens fuerit teſtatoris. Quod vix credendum eſt, niſi evidenter fuerit expreſſum. L. 41. §. 1. eod. Ex his verbis; *eosque invicem ſubſtituo*, non adeuntis portio ſcriptis heredibus pro modo ſibi vel alii quaeſitae portionis defertur. §. 2. J. de vulg. ſubſt. Et ſi ex diſparibus partibus heredes ſcriptos invicem ſubſtituerit, et nullam mentionem partium in ſubſtitutione habuerit, eas videtur in ſubſtitutione partes dediſſe, quas in inſtitutione expreſſit. Et ita Divus Pius reſcripſit. L. 1. C. de Impub. et al. ſubſt. Cum heredes ex diſparibus partibus inſtituti, et invicem ſubſtituti ſunt, nec in ſubſtitutione facta eſt vllarum partium mentio: verum eſt, non alias partes teſtatorem ſubſtitutioni tacite inſeruiſſe, quam quae manifeſte in inſtitutione expreſſae ſunt.

§. 618. Eben ſo iſt auch hier das von dem jure accreſcendi entlehnt, daß die Miterben, welche durch die Verbindung der Rede näher, als andere, zuſammengeſtellt ſind, ein näher Recht zu Erlangung der offen gewordenen Portionen haben, als die andern L. 41. §. 4. de vulg. et pup. ſubſt. Qui diſcretas portiones conjunctis pluribus ſeparatim dedit, ac poſt omnem inſtitutionis ordinem ita ſcripſit: *quos heredes meos invicem ſubſtituo*, conjunctos primo loco vice mutua ſubſtituere videtur: quibus inſtitutionum partes non cognoſcentibus caeteros omnes coheredes admitti. Auch re conjuncti gehen dabey den Disjunctis vor Averan. Interpr. L. 3. c. 16. n. 10.

§. 619. Auf gleiche Art iſt, wie bey dem jure accreſcendi, auch hier der Miterbe, der ſeinen Theil als Miterbe angenommen, gezwungen, den offen gewordenen Theil, worauf er ſubſtituirt worden, ebenfalls anzunehmen. L. 6. C. de Impub. et al. ſubſt. Teſtamen-

to jure facto, multis inſtitutis heredibus, et invicem ſubſtitutis: adeuntibus ſuam portionem, etiam invitis coheredum repudiantium accreſcit portio.

§. 620. Wenn der Teſtirer einige Miterben einander beſonders ſubſtituirt, dieſen aber noch mehrere Miterben an die Seite ſezt, und am Ende eine allgemeine Clauſel wegen der gegenſeitigen Subſtitution anhängt; ſo ſind die erſtern einander beſonders ſubſtituirten Miterben unter der leztern Clauſel nicht mit begriffen. L. 41. §. 5. de vulg. et pup. ſubſt. Qui patrem et filium pro parte heredes inſtituerat, et invicem ſubſtituerat, reliquis coheredibus datis, poſt completum aſſem ita ſcripſit: *hos omnes invicem ſubſtituo.* Voluntatis ſit quaeſtio, commemoratione omnium, patrem et filium ſubſtitutioni coheredum miſcuiſſet, an eam ſcripturam ad caeteros omnes transtuliſſet. Quod magis veriſimile videtur propter ſpecialem inter patrem et filium ſubſtitutionem cf. Averan. Interpr. L. 3. c. 22.

§ 621. Darin iſt bey der gegenſeitigen Subſtitution etwas beſonders, daß, wenn einer der Miterben ſeinen Antheil ſchon angenommen, aber nach der Annehmung geſtorben iſt, der nach deſſen Tode eröfnet werdende Theil nicht mit auf ſeine Erben verfällt. L. 23. de vulg. et pup. ſubſt. Qui plures heredes inſtituit, ita ſcripſit: *eosque omnes invicem ſubſtituo.* Poſt aditam a quibusdam ex his hereditatem, vno eorum defuncto, ſi conditio ſubſtitutionis exiſtit, alio herede partem ſuam repudiante, ad ſuperſtites tota portio pertinebit. Quoniam invicem in omnem cauſam ſinguli ſubſtituti videbuntur. Vbi enim quis heredes inſtituit, et ita ſcribit: eosque invicem ſubſtituo: hi ſubſtituti videbuntur, qui heredes exſtiterunt. Bey: alio herede partem ſuam repudiante, ſollte zu mehrerer Deutlichkeit

ſci-

ſcilicet vorher ſtehen, weil eben dadurch, daß der Miterbe ſich losſagte, die Bedingung erfüllt wurde. Qui heredes exſtiterunt, am Ende, heiſt: die würklich noch als Erben vorhanden ſind, da der Fall der Subſtitution ſich ereignet.

§. 622. Langebeck Otto Theſ. Tom. I. p. 551. will die Stelle ſo erklären, daß einer von den Erben vor Antretung der Erbſchaft geſtorben und ein anderer von ſeinem Antheil ſich losgeſagt. Weil durch den Tod des einen ein Theil eröfnet worden, ſo ſey die Frage, ob der, ſo ſich losgeſagt, von ſolchem eröfneten Theil etwas erhalte oder nicht. Die Antwort ſey: Nein. Aber denn würde der Ausdruck ſuperſtites nicht paſſen, da ſuperſtites dem der ſich losſagt entgegen geſezt wären, und dieſer doch auch noch am Leben iſt. Es iſt auch nicht abzuſehen, warum dieſer ſich losgeſagt, wenn er hernach doch wieder an des Geſtorbenen Portion Antheil verlangen will.

§. 623. Ein Beyſpiel von einer gegenſeitigen pupillar Subſtitution giebt. L. 25. de vulg. et pup. ſubſt. Si pater impuberes filios invicem ſubſtituerit, et ei, qui noviſſimus mortuus fuerit, Titium: reſpondendum eſt, ſolos fratres bonorum poſſeſſionem accepturos: et quodammodo duos gradus hujus inſtitutionis factos. Vti primo fratres invicem ſubſtituerentur. Si illi non eſſent, tunc Titius vocaretur. In dem Fall des Geſetzes waren eigentlich zwey Grade der Subſtitution. Die erſte Subſtitution war die reciproca, und dem hier ſubſtituirten war wieder Titius ſubſtituirt.

§. 624. Wenn eine pupillar Subſtitution gegenſeitig ſeyn ſoll, ſo wird erfordert, daß beyde einander ſubſtituir-

ſtituirte Theile von der Art ſeyn müſſen, daß ſie dieſer pupillar Subſtitution fähig ſind. Wenn z. E. der eine Pupill nicht unter der Gewalt des Teſtirers ſteht, ſondern nur der andere, ſo kann gerade zu die gegenſeitige pupillar Subſtitution nicht geſchehen. Wie durch eine Cautel eben das alsdenn erreicht werde, was gerade zu nicht geſchehen kann, zeigt L. 39. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Cum ex filio quis duos nepotes impuberes habebat, ſed alterum eorum in poteſtate, alterum non, et vellet vtrumque ex aequis partibus heredem habere, et, ſi quis ex his impubes deceſſiſſet, ad alterum partem ejus transferre: ex conſilio Labeonis Ofilii, Caſcellii et Trebatii, eum, quem in poteſtate habebat, ſolum heredem fecit; et ab eo alteri dimidiam partem hereditatis, cum in ſuam tutelam veniſſet, legavit: Quod ſi is, qui in poteſtate ſua eſſet, impubes deceſſiſſet: alterum heredem ei ſubſtituit. Der eine Enkel war emancipirt. Wenn der Teſtirer den einen Enkel, der unter ſeiner Gewalt ſtand, zu Erben ernannte, und ihm ein legatum partitionis oder partiarium der Hälfte der Erbſchaft auflegte, welches er dem andern unter dem die incerto deſſen zu erreichender Pubertät auszahlen ſollte: ſo behielt der Erbe den ganzen Nachlaß, wofern der Legatarius vor der Pubertät verſtarb. Es war alſo, als wenn der dieſen beerbte. Den Erben konnte er den Legatarium pupillariſch ſubſtituiren; ſo wurde die pupillariſche Beerbung gegenſeitig. Cum in ſuam tutelam veniſſet, heiſt: wenn er würde 14 Jahr alt ſeyn.

Drittes Segment.

Die Vulgar-Subſtitution.

§. 625. Subſtitutio vulgaris erfordert, daß der Inſtitutus nicht Erbe werde. §. 626. Mehrere Grade der vulgar Subſtitution. §. 627. Fortſetzung. §. 628. Bedingte vulgar Subſtitution. §. 629. Vermuthung wenn mehreren Kindern zugleich ſubſtituirt iſt. §. 630. Fall da einer Erbe im erſten und zweyten Grade zugleich iſt. §. 631. Fortſetzung. §. 632. Wenn der Erbe des erſten Grades ein Knecht iſt, entſcheidet ſein und ſeines Herrn Wille die Subſtitution. §. 633. Wenn der Erbe des erſten Grades auch ein Suus iſt, ſo tritt bey ſeiner Losſagung der Subſtitut ein. §. 634. Wenn gleich der Erbe des erſten Grades, der nicht Teſtaments Erbe ſeyn will, ab inteſtato Erbe ſeyn kann und will, ſo tritt doch der Subſtitut ein. §. 635. Fall da ein Soldat im erſten Grade nur militariſch tüchtige, im zweyten allgemein tüchtige, Erben ernannt hat. §. 636. Ob der Subſtitut die Erben des Inſtituti, der vor Antretung der Erbſchaft geſtorben, ausſchlieſſe. §. 637. Fall, da der Erblaſſer den Erben des erſten Grades für einen freyen Menſchen gehalten, und dieſer ein Knecht iſt. §. 638. Entſcheidung, ſo der in dieſem Fall gemachten ähnlich iſt. §. 639. Entgegenſtehende neuere Entſcheidung. §. 640. Aquillianiſche und Vellejaniſche Erbeinſetzung iſt Subſtitution. §. 641. Von der einem Erben geſchehenen Subſtitution, der doch im erſten Grade nicht ſteht. §. 642. Theilung der Erbſchaft unter die Subſtituten. §. 643. Bedingung der Inſtitution iſt nicht dergleichen bey der Subſtitution. §. 644. Subſtitutus ſubſtituti eſt etiam ſubſtitutus inſtituti. §. 645. Erbeinſetzung, die Inſtitution und Subſtitution zugleich iſt. §. 646. Der Subſtitut hat das jus accreſcendi des Inſtituti. §. 647a. Einem ſuo wird ohne Nachtheil der Suität ſubſtituirt. §. 647b. Der Inſtitut macht dem Subſtituten Caution.

§. 625.

Die vulgar Subſtitution ſezt voraus, daß der inſtituirte Erbe nicht Erbe werde. Carrach. de ſubſt. dir. argum. in form. dub. Nedelmann de ſubſt. dir. Papillon dito in Ott. Theſ. Bolten, Pfann, de ſubſt. vulg. Tittel de ſubſt. vulg. per inſtit. adeunt. non excluſ. et non adeunt. excluſ. So bald dieſer die Erbſchaft annimmt, läßt ſie ſich nicht weiter gedenken. L. 5. C. de impub. et al. ſubſt. Poſt aditam hereditatem directae ſubſtitutiones, non impuberibus filiis factae, exſpirare ſolent. Wenn auch der Inſtitut gegen die Annehmung der Erbſchaft Wiederherſtellung in den vorigen Stand erhält; ſo hilft dies dem Subſtituten doch nichts. Vinn. Quaeſt. Sel. L. 1. c. 14.

§. 226. Auf den Fall nun, daß der erſt ernannte Erbe nicht zur Erbſchaft kommt, kann man einen andern und auch dieſem wieder, auf gleichen Fall, einen dritten ſubſtituiren, und ſo ferner. pr. I. de vulg. ſubſt. Poteſt autem quis in teſtamento ſuo plures gradus heredum facere, vtputa: *Si ille heres non erit, ille heres eſto*; et deinceps, in quantum velit teſtator, ſubſtituere poteſt: vt noviſſimo loco in ſubſidium vel ſervum neceſſarium heredem inſtituere poſſit. L. 36. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Poteſt quis in teſtamento plures gradus heredum ſacere. Puta: *Si ille heres non erit, ille heres eſto*, et deinceps plures. Vt noviſſimo loco in ſubſidium vel ſervum neceſſarium heredem inſtituat.

§. 627. Ein Beyſpiel von dergleichen mehrern Graden der Erbeinſetzung giebt L. 30. de vulg. et pup. ſubſt. Quaedam teſtamento Proculum ex parte quarta, et Quietum ex parte dimidia et quarta heredem inſtitu-

ſtituit: deinde Quieto Florum, Proculo Soſiam heredes ſubſtituit: deinde ſi neque Florus, neque Soſia heredes eſſent, tertio gradu ex parte dimidia et quarta colonias Leptitanorum, et ex quarta complures heredes ſubſtituit in plures, quam tres vncias. Quietus hereditatem adiit. Proculus et Soſia vivo teſtatore, deceſſerunt. Quaeritur quadrans Proculo datus ad Quietum, an ad ſubſtitutos tertio gradu pertineat. Reſpondi eam videri voluntatem patrisfamilias fuiſſe, vt tertio gradu ſcriptos heredes ita demum ſubſtituerit, ſi tota hereditas vacaſſet. Idque apparere evidenter ex eo, quod plures, quam duodecim, vncias inter eos diſtribuiſſet. Et idcirco partem quartam hereditatis, de qua quaeritur, ad Quietum pertinere. In dem Fall des Geſetzes waren drey Grade der Einſetzung. Der Fall zum dritten Grade ſchien auch auf dem einen Theile einzutreten. Inzwiſchen zeigten die übrigen Umſtände, daß nur auf den Fall, daß die ganze Erbſchaft im erſten und zweyten Grade offen würde, der dritte eintreten ſollte. Dabey fiel diesmal der dritte Grad aus, und der erſte über das jus accreſcendi.

§. 628. Die Vulgar-Subſtitution kann auſſer der Bedingung, daß der erſternannte Erbe nicht zur Erbſchaft gelange, noch andere Bedingungen haben. In ſolchem Falle erhält der ſubſtituirte Erbe nichts, wenn gleich der erſtere nicht Erbe wird, wofern die andere Bedingung nicht zugleich erfüllt wird, L. 33. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Si filius, et ex eo nepos poſtumus, ita heredes inſtituantur, vt Gallo Aquilio placuit, et nepoti, ſi is heres non erit, Titius ſubſtituatur: filio herede exiſtente, Titium omnimodo i. e. etiam ſi nepos natus non fuerit, excludi reſpondit. cf. Majanſ. ad 30 ICtos P. 2. p. 198. Die Formel des Aquillius Gallus bey Ernennung des poſtumi nepotis

war: wenn der Sohn bey Leben des Teſtirers verſterben, und denn nach des Teſtirers Tode der Enkel zur Welt kommen ſollte. Dies erfolgte nicht. Der Sohn ſtarb nicht bey Leben des Vaters. Der Enkel wurde nicht gebohren. Auf ſolchen Fall war Titius ſubſtituirt. Aber die andere Bedingung traf nicht zu, daß der Sohn vor dem Vater verſtorben wäre.

§. 629. Wenn die Erben des erſten Grades Kinder des Teſtirers ſind, welchen undeutlich ſubſtituirt worden, daß man nicht weiß, ob der zweyte Grad erſt ſtatt finden ſoll, wenn der erſte Grad ganz ausfällt, oder ſchon, wenn ein und das andere Kind ausfällt; ſo wird das erſtere vermuthet. L. 13. §. 6. de reb. dub. Item ſi paterfamilias in teſtamento ita ſcripſerit: *Si quis mihi filius aut filia genitur, heres mihi eſto: ſi mihi filius aut filia heres non erit, Sejus heres eſto:* non ſatis voluntatem ſuam declaravit, ſi non aliter extraneum heredem eſſe volet, quam ſi neque filius neque filia heres ſit. Hoc enim modo concipi oportet: ſi mihi neque filius, neque filia heres erit. Poteſt autem interdum ſuperior ſcriptura eſſe neceſſaria, ſi quis cum filium et filiam habeat, vtrumque heredem inſtituere velit: ſed ſive alter heres futurus ſit, extraneum miſcere: ſive neuter, extraneum ſubſtituere. Sed proclivior eſt ſententia teſtatoris ſic eſſe interpretanda: vt ſive filius, ſive filia nati fuerint, extraneus non admittatur, niſi ſpecialiter hoc teſtator expreſſerit. Die Entſcheidung des erſten Theils dieſer Stelle iſt ſo natürlich, daß Lopez Animadverſ. Otto Theſ. Tom. 3. p. 484. ſich eine unnütze Mühe gegeben, den Grund davon ängſtlich aufzuſuchen, cf. Otenza et Olano Paralipon. et Elect. L. 1. c. 7. Meerm. Theſ. Tom. 1. p. 398. ſq. Dyemeni Tr. de form. copul. et disjunct. Meerm. Theſ. Tom. 3. p. 331.

§. 630. Bey der Subſtitution iſt der Erbe des erſten Grades ein anderer, und der Erbe des zweyten Grades wieder eine andere Perſon. Es kann aber doch auch eben dieſelbe Perſon unter gewiſſen Umſtänden der Erbe des erſten und zweyten Grads zugleich ſeyn, wenn es nemlich für ihn einen Nutzen hat, daß er im zweyten Grade ernannt iſt. Z. E. wenn er im erſten Grade bedingt ernannt iſt, und im zweyten unbedingt, die Bedingung aber des erſten Grades nicht erfüllt wird. Wenn er hier nicht zugleich im zweyten Grade ſtünde, ſo bekäme er gar nichts. Steht er im erſten Grade unbedingt, ſo hat der zweyte Grad für ihn keinen Nutzen, er ſtehe darin mit oder ohne Bedingung L. 48. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. *Titius heres eſto, Stichum Maevio do lego. Stichus heres eſto. Si Stichus heres non erit, Stichus liber heresque eſto.* In hac quaeſtione inprimis, quaerendum eſt, vtrum vnus gradus ſit, an duo: et an cauſa mutata ſit ſubſtitutionis, an eadem permaneat. Et quidem in plerisque quaeritur, an ipſe ſibi ſubſtitui poſſit, et reſpondetur, cauſa inſtitutionis mutata ſubſtitui poſſe. Igitur, ſi Titius heres ſcriptus ſit, et, ſi heres non ſit, idem heres juſſus ſit: ſubſtitutio nullius momenti erit. Sed ſi ſub conditione quis heres ſcriptus ſit, pure autem ſubſtitutus eſt: cauſa immutatur. Quoniam poteſt ex inſtitutione defici conditio, et ſubſtitutio aliquid adferre. Sed ſi exſtiterit conditio: duae purae ſunt, et ideo nullius momenti erit ſubſtitutio. Contra, ſi pure quis inſtituatur, deinde ſub conditione ſibi ſubſtituatur; nihil facit ſubſtitutio conditionalis, Nec mutata intelligitur. Quippe cum et ſi exſtiterit conditio, duae purae ſint inſtitutiones. Secundum haec propoſita quaeſtio manifeſtetur: *Titius heres eſto, Stichum Maevio do lego; Stichus heres eſto. Si Stichus heres non erit, Stichus liber heresque eſto.* Nos didicimus, quoniam eodem teſtamento et legatus ſit

Stichus, et libertatem accepit, praevalere libertatem. Et, ſi praevalet libertas, non deberi legatum. Et ideo juſſu legatarii non poſſe adire hereditatem. Ac per hoc verum eſſe, Stichum heredem non eſſe. Et ex ſequentibus verbis libertatem illi competere. Cum vnus gradus videtur. Quid ergo ſi non adierit Titius? Incipiet ſubſtiutione Stichus liber et heres eſſe. Porro quamdiu non adit juſſu legatarii, nec ex cauſa legati intelligitur legatarii eſſe effectus. Et ideo certum eſt illum heredem non eſſe. Ac per hoc ex his verbis: *Si heres non erit, Stichus liber heresque eſto*, liber et heres exiſtet. Hoc autem, quod ſentimus, Iulianus quoque in libris ſuis probat. Cauſa inſtitutionis mutata ſubſtitui poſſe heiſt: es könne Jemand ſein eigener Subſtitut ſeyn, wenn die Sache für ihn Vortheile hat, die er ohne die Subſtitution nicht haben würde. Wenn bey der bedingten Inſtitution die Bedingung erfüllt wird, ſo hat die Subſtitution für den ſchon im erſten Grade ernannten Erben weiter keinen Nutzen. Quaerendum eſt, vtrum vnus gradus ſit, an duo, weil wegen der vermachten Freyheit viel darauf ankam. Im erſten Grade ſtand ſonſt Titius als Erbe, Stichus als Legat des Maevius und zugleich Miterbe. Nach dieſem Grade hätte Maevius den Knecht bekommen, und die Hälfte der Erbſchaft durch ihn erworben. Nur, wenn etwa Maevius der Erbſchaft unfähig geweſen wäre, hatte Stichus im zweyten Grade ſeine Portion geerbt Aber, vermuthlich zur Gunſt der Freyheit, wurde die im zweyten Grade vermachte Freyheit angeſehen, als wenn ſie ſchon im erſten Grade mit gegeben worden wäre, vnus gradus *videtur*. Es war wenigſtens eodem teſtamento geſchehen, oder man nahm eigentlich nur einen einzigen Grad an, ſo oft und ſo fern einer ſich ſelbſt ſubſtituirt war. Nun warf die Freyheit das Legat um. L. 14. de leg. 2. L. 10. de manum. teſtam. L. 20. de R. I. Stichus wurde nun

nicht

nicht Erbe für den Legatarius, wurde alſo gar nicht Erbe nach dem erſten Grade. Alſo trat der zweyte Grad ein, der aber hier mit dem erſten für einen und ebendenſelben gehalten wurde. Stichus war nun mit Nutzen für ſich im zweyten Grade, oder im erſten Grade nochmals auf Subſtitutionsart erwähnt, weil er ſonſt nach dem erſten Grade, oder ohne die Wiederholung, ein Knecht geblieben wäre, und für ſich nichts erworben hätte. Wenn Titius nicht Erbe wird, ſo iſt ein wahrer und eigentlicher zweyter Grad vorhanden, und es bekommt Stichus im zweyten Grade die ganze Erbſchaft, weil der erſte Grad nun ganz wegfällt. Weil nun Stichus für Maevius nicht erwirbt, ſo iſt er auch deſſen Knecht nicht. Alſo iſt auch Maevius kein Miterbe. (illum heredem non eſſe.) Sollte Titius die Erbſchaft annehmen, ſo wäre Stichus für ſich Miterbe. Dieſer lezte Saz ſteht nicht da. Er muß aber angenommen werden 1) weil ſonſt Stichus ſich nicht ſelbſt ſubſtituirt genannt werden könnte, wenn er nicht auch in primo gradu mit erbte; 2) weil er in primo gradu ausdrücklich neben dem Titius genannt wird. Cheſi in Iurispr. R. et Att. Tom. 2. p. 90. ſq der dies nicht zugiebt, aber dennoch den Stichus, als ſich ſelbſt ſubſtituirt, herausbringen will, ſagt mit aller Subtilität nichts.

§. 631. Mit dieſem Lichte iſt L. 10. §. 7. eod. aufzuklären. Nemo inſtitutus, et ſibi ſubſtitutus ſine cauſae mutatione quicquam proficit; ſed hoc in vno gradu. Caeterum ſin duo ſint gradus, poteſt dici, valere ſubſtitutionem: vt Iulianus libro trigeſimo Digeſtorum putat. Si quidem ſic ſit ſubſtitutus ſibi, cum haberet coheredem Titium. Si Stichus heres non erit, liber et heres eſto: non valere ſubſtitutionem. Quod ſi ita: Si Titius heres non erit, tunc Stichus liber et heres et in ejus partem eſto: duos gradus eſſe: atque ideo, repudian-

pudiante Titio, Stichum liberum et heredem fore. Hier iſt offenbar, daß nur, wenn der Subſtitut einem andern, als ſich ſelbſt, ſubſtituirt worden, zwey Grade angenommen werden. Si Titius heres non erit, tunc Stichus etc. — duos gradus eſſe. Sibi ſubſtitutus — et hoc in vno gradu. Si Stichus heres non erit — non valere ſubſtitutionem heiſt: das iſt keine eigentliche Subſtitution, das ſind nicht eigentlich zwey Grade. Gelten kanns übrigens wohl nach der vorigen Stelle, und von Nutzen ſeyn.

§. 632. Weil der erſte Grad ausfallen muß, wenn der zweyte eintreten ſoll; ſo war dies entweder der Fall, daß der Erbe des erſten Grades nicht Erbe ſeyn will, oder daß er es nicht ſeyn kann. Wenn der Erbe des erſten Grades ein Knecht war, ſo kam es auf ſeinen und des Herrn Willen zugleich an, ob er Erbe ſeyn ſollte und wollte, L. 3. C. de hered. inſt. L. pen. C. de jure delib. Denn, wenn auch der Herr wollte, daß er die Erbſchaft annehmen ſollte, er ſelbſt aber wollte nicht, ſo wurde der Subſtitut zugelaſſen. Aber auch ohne des Herrn Willen konnte er die Erbſchaft nicht annehmen. Wenn er zwey Herren hatte, ſo muſten beyde einwilligen. Willigt der eine und der andere nicht, ſo bekommt der Subſtitut des leztern Portion, und die andre Portion erhält der einwilligende Herr. de Retes Opuſc. bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 171. L. 48. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Servum communem habemus. Hic heres ſcriptus eſt. Et ſi heres non ſit, Maevius illi ſubſtitutus eſt. Alterius juſſu dominorum adiit hereditatem, alterius non. Quaeritur, an ſubſtituto locus ſit, an non. Et verius eſt, ſubſtituto locum eſſe.

§. 633. Wenn der erſt ernannte Erbe auch ein Suus des Erblaſſers iſt, ſo tritt dennoch der Subſtitut

ein, ſo bald jener ſich erklårt, daß er nicht Erbe ſeyn will. L. 44. de re judic., welches A. Faber Err. pragm. D. 32. E. 7. mit Recht gegen andere und ſelbſt gegen den Theophilus behauptet, welcher pr. de pup. ſubſt. lehrt, die Vulgårſubſtitution bey einem Pupillen laſſe ſich nicht gedenken, wenn dieſer vor dem Erblaſſer ſtirbt. Doch hat der Vulgarſubſtitut in ſolchem Falle als heres nur actiones vtiles. cf. Vinn. Quaeſt. Sel. L. 2. c. 23.

§. 634. Wenn der Erbe des erſten Grades nach dem Teſtamente nicht Erbe ſeyn will, ſo tritt die Subſtitution ein, geſezt auch, daß jener zugleich Inteſtaterbe wåre, und als ſolcher die Erbſchaft annehmen wollte. L. 3. C. de Impub. et al. ſubſt. Haeres inſtituta matris teſtamento, ſi ſucceſſionem ex teſtamento omiſiſti, et ab inteſtato bonorum poſſeſſionis jus habere voluiſti: ſubſtituto locum quin feceris, in dubium non venit. Proinde ſi ſubſtitutus hereditatem amplexus eſt: actionibus, quae tibi adverſus matrem competebant, ipſam convenire, non ſucceſſionem ab inteſtato potes vindicare. Es iſt ein Grundſatz, daß der Subſtitut die Inteſtaterben ausſchlieſſe.

§. 635. Zu den Fållen, da der Erbe des erſten Grades nicht Erbe ſeyn kann, gehörte auch der, wo ein Soldat ein Teſtament gemacht, und im erſten Grade ſolche Erben ernennt, welche nur bey einem militariſchen Teſtament erben können, im zweyten Grade hingegen ſolche Erben eingeſezt hat, welche jeden zu beerben fåhig ſind, und der Soldat ein Jahr nach geendigtem Kriegsdienſte geſtorben iſt. In ſolchem Falle können die Erben des erſten Grades weiter nichts erhalten, die Erben des zweyten Grades aber können eintreten, woſern die Formalitåt eines gemeinen und unprivilegirten Teſtaments beobachtet worden. L. 7. de injuſt. rupt. irrit. teſt. Si

miles

miles jure civili teſtamentum fecerit, et primo gradu heredem eum ſcripſerit, quem jure militari poterat, ſecundo eum, quem communi jure poteſt; et poſt annum miſſionis deceſſerit: primus gradus irritus fiet, et a ſecundo incipiet teſtamentum.

§. 636. Wenn der Erbe des erſten Grades vor Antretung der Erbſchaft verſtarb, ſo fiel nach altem Rechte die Erbſchaft allemal an den Subſtituten. Bey heredibus ſuis war es zu Ausſchlieſſung des Subſtituten genung, wenn ſie nur den Erblaſſer überlebten, weil dieſe keine Antretung nöthig hatten. Nachdem aber eine Transmiſſio juris hereditarii Theodoſiana und Iuſtinianea, auch vor Antretung der Erbſchaft eingeführt iſt, ſo gehen dieſe Erben des Inſtituti bey ſolchen Transmiſſionen den Subſtituten vor. A. Faber will mit Unrecht ſolches nur von der Theodoſianiſchen, nicht aber von der Juſtinianiſchen Transmiſſion einräumen. Err. pragm. D. 34. E. 4. 5. Gaſt bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 750. ſq. zieht den Juſtinianiſchen Transmiſſarius mit dem ältern Juriſten dem Subſtituten vor, weil die Subſtitutio nur Inſtitutio ſubſidiaria ſey. Flor. de vulg. ſubſtit. transmiſſ. hered. non imped. Crell vtrum hered. inſtit. intra ann. delib. mort. ſubſtitut. admitt.

§. 637. Wegen der Fähigkeit des Erben des erſten Grades war beſonders in dem Falle eine Streitfrage, wenn der Teſtirer denſelben für einen freyen Menſchen gehalten hatte, er es aber nicht war. In dem Falle frug es ſich, ob der Subſtitut einträte, oder der Herr des Erben des erſten Grades die Erbſchaft erhielte. Weil man ſich nicht für eine Meynung ganz entſchlieſſen konnte, ſo zerſchnitt man den Knoten, und gab dem Subſtituten einen Theil, und dem Herrn des Erben im erſten Grade den andern. §. 4. I. de vulg. ſubſt. Si ſervum

alie-

alienum quis patremfamilias arbitratus heredem ſcripſerit, et ſi heres non eſſet Maevium ei ſubſtituerit, isque ſervus juſſu domini adierit hereditatem: Maevius ſubſtitutus in partem admittitur. Illa enim verba: *Si heres non erit*, in eo quidem, quem alieno jure ſubjectum eſſe teſtator ſcit, ſic accipiuntur: Si neque ipſe heres erit, neque alium heredem effecerit: in eo vero, quem patremfamilias arbitratur, illud ſignificant, ſi hereditatem ſibi, vel ei, cujus juri poſtea ſubjectus eſſe coeperit, non acquiſierit. Idque Tiberius Caeſar in perſona Parthenii ſervi ſui conſtituit. L. 40. de hered. inſtit. Si paterfamilias Titium, quem ingenuum eſſe credebat, heredem ſcripſerit: eique ſi heres non eſſet, Sempronium ſubſtituerat: deinde Titius, quia ſervus fuerat, juſſu domini adierit hereditatem: poteſt dici, Sempronium in partem hereditatis admitti. Nam qui ſcit, aliquem ſervum eſſe, et eum heredem ſcribit, et ita ſubſtituit, *Si Stichus heres non erit, Sempronius heres eſto*, intelligitur tale quid dicere, ſi Stichus neque ipſe heres erit, neque alium fecerit. At qui eum, quem liberum putat eſſe, heredem ſcripſerit, hoc ſermone: *ſi heres non erit*, nihil aliud intelligitur ſignificare, quam ſi hereditatem vel ſibi acquiſierit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit. Quae adjectio ad eos pertinet, qui patresfamilias heredes ſcripti, poſtea in ſervitutem deducti fuerint. Igitur in hoc caſu ſemiſſes fient, ita vt alter ſemis inter eum, qui dominus heredis inſtituti fuerit, et ſubſtitutum, aequis portionibus dividatur. L. 41. eod. Et hoc Tiberius Caeſar conſtituit in perſona Parthenii, qui, tamquam ingenuus, heres ſcriptus, adierat hereditatem, cum eſſet Caeſaris ſervus. Nam diviſa hereditas eſt inter Tiberium et eum, qui Parthenio ſubſtitutus erat, vt refert Sextus Pomponius. Es iſt bekannt, daß in L. 40. Cujacius ſtatt: alter ſemis lieſet: as, woraus alter ſemis entſtan-

den ſey, indem man die 2 Buchſtaben, als Notas von alter und ſemis, angeſehen. A. Faber Err. pragm. D. 33. E. 7. tritt ihm bey. Alciatus hat gemeint, es müſſe bey den Worten: ſi heres non eſſet, Sempronium ſubſtituit, coheredem geleſen werden. Aber dieſe Leſeart iſt den Inſtitutionen und dem Theophilus zuwider, und hat in ſich ſelbſt einen Widerſpruch. Es iſt auch falſch, daß L. 40. einen andern Fall betreffe, als L. 41. und die Inſtitutionen. Daher muß man billig bey des Cujacius Verbeſſerung bleiben. Cruſius Diatr. ad L. 40. Otto Theſ. Thom. 1. p. 672a. lieſt: ita vt alter (ſit) Sem. (Sempronii). As inter eum, qui dominus etc. Da denn aus Sem. As, ſemis entſtanden ſey. Suerin. Repet. Lect. Otto Theſ. Tom. 4. p. 60. ſq. vertheidigt die gemeine Leſeart, und will demonſtriren, daß die Theilung nothwendig ſo habe müſſen geſchehen, daß der Subſtitut nur ein Viertheil bekommen. Wenn von mehrern Erben einem ein Dritter ſubſtituirt werde, ſo erhalte dieſer Subſtitut ebenfalls neben den Miterben nur Kopftheil, und müſſe alſo dieſen abgeben. Das lezte iſt ein Irrthum, und die Demonſtration iſt ſchlecht. Einige haben, wie ſchon vom Alciat erwähnt iſt, angenommen, daß der Subſtitut zugleich Miterbe geweſen, daher ihm eine Hälfte jure inſtitutionis, eine Halbſcheid der andern Hälfte aber jure ſubſtitutionis gebührt hätte, davon aber im Geſetz keine Spur zu finden. Bynkersh. Obſ. L. 4. c. 19. behauptet, man könne ohne des Cujacius Veränderung die Stelle ſo verſtehen, daß der Subſtitut die eine Hälfte des Ganzen erhalte, und der Herr des Knechts die andere Hälfte. Cannegiet. Obſ. L. 1. c. 17 lieſt: hereditatem vel ſibi haud acquiſierit, welches einen richtigen Verſtand giebt, und den Inſtitutionen gemäß iſt. Langebeck bey Otto Theſ. Tom. 1. p. 525. 526. führt auch noch verſchiedene Erklärungen und Kritiken des L. 40. an, bleibt aber bey der gemeinen Leſeart, und giebt dem

dem Subſtituten nur ein Viertel des Ganzen. Lyklama Membr. 5. E. 15. meint, L. 40. rede von einem Falle, wo der Inſtitut von Anfange frey geweſen, hernach aber ein Knecht geworden, und ſey da eine andere Theilung, als in L. 41. Merill. Variant. ex Cujac. L. 1. c. 37. leitet die Entſcheidung L. 41. daher, daß der inſtituirte Knecht ſich der Cretion nicht bedient, wovon jedoch keine Spur in dem Geſetze zu finden. Fälſchlich lehrt er, daß auch Cujac. an einem Orte dieſe Meinung gehabt, an einem andern aber die von beyden Seiten ſtreitenden Gründe zur Urſach angeführt. Die erſtere Meinung hat Cujac. nie behauptet, ſondern nur geſagt, daß hier eben eine ſolche Entſcheidung vorkomme, als gewöhnlich geweſen, wenn die vom Teſtirer verordnete Cretion unterlaſſen worden. L. 40 will Merill die gemeine Leſeart beybehalten, ſie aber dennoch ſo verſtanden haben, daß der Subſtitut die Hälfte des Ganzen bekomme. Variant. ex Cujac. L. 5. c. 4. Puttmann nimmt L. 40. zwey Knechte an, welche zu Erben erannt, und beyden Sempronius ſubſtituirt worden, da denn Sempronius jedes Knechts Halbſcheid mit deſſen Herrn getheilt habe. probab. cap. 16. cf. Otto Comm. ad Inſt. p. 281.

§. 638. Etwas der Entſcheidung unſerer Stellen ähnliches fand ſich ehemals im Fall, da der Erbe mit der Cretion ernannt, und auf den Fall, wenn er nicht mit Cretion die Erbſchaft annahm, ihm ein anderer ſubſtituirt war. Denn in dieſem Fall, wofern der Erbe die Cretion nicht gebrauchte, ſondern ſich der pro herede geſtion bediente, wurde ebenfalls getheilt. Vlp. Fragm. Titt. 22. §. vlt.

§. 639. Mit dieſer Entſcheidung ſteht aber allerdings in Widerſpruch L. 3. C. de hered. inſtit. Cum proponas, Alexandrum equitem teſtamento primo loco

Iulianum, vt libertum ſuum, heredem inſtituiſſe, eique ſubſtituiſſe his verbis: *Quod ſi ex aliqua cauſa primus heres hereditatem meam adire noluerit, vel non potuerit: tunc in locum ejus ſecundum heredem ſubſtituo Vitalem*: poſt mortem autem teſtatoris Iulianum ſervum communem fuiſſe defuncti militis et Zoili, fratris ejus, apparuerit, an tu ex ſubſtitutione admittaris, voluntatis eſt quaeſtio. Nam ſi credens eum proprium et ſuum libertum heredem inſtituit, nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit: exſtitit conditio ſubſtitutionis tibique hereditas delata eſt. Quodſi verba ſubſtitutionis ſubſcriptae ad jus retulit, vt niſi per ſemetipſum alium feciſſet heredem, (potuit enim, quamvis jubente domino, nolle adire) ita demum ſubſtitutus vocaretur: ſi tamen paruerit domino et adierit: ſubſtitutioni locus non eſt. Dieſes Geſetz ſagt offenbar, daß wenn der Teſtirer geglaubt hat, der Erbe des erſten Grades ſey ein freyer Menſch, hat alſo gewollt, daß er für ſich die Erbſchaft erwerben ſolle, der Herr deſſelben nichts erhalte, ſondern der Subſtitut alles bekomme. Nur, wenn er das gewollt hat, was nach den Rechten alsdenn entſteht, wenn man einen Knecht zu Erben ernennt, alſo nicht geirrt hat: Si verba ſubſtitutionis ad jus retulit: ſo bekommt der Subſtitut nichts, und der Herr des Knechts alles. Merill. Obſ. L. 4. c. 34. meint, die Entſcheidung des L. 40. de hered. inſt. ſey auch daher zu leiten, daß ſich der Herr des inſtituirten Knechts der pro herede geſtion und nicht der adition bedient, daher L. 3. C. cit. der Herr alles behalten, weil er die adition gebraucht. Es iſt aber falſch. Cujacius will zwar dieſe Stelle mit den Pandecten vereinigen. Ich ſehe aber keine Möglichkeit. Der Kayſer Alexander hebt alſo das, was Tiberius für gut gefunden hatte, auf, und das ſpätere Geſetz geht vor. Es iſt ein Verſehen der Verfaſſer der Inſtitutionen, daß ſie in dieſem Punkte

te die Pandecten abgeſchrieben, und ſich nicht beſonnen haben, daß die ſpätere Conſtitution des Alexander eine Aenderung gemacht.

§. 640. Da, wenn auf den Fall, daß der erſt benannte Erbe nicht Erbe werden kann, ein anderer ernannt iſt, eine Subſtitution vorhanden iſt, ſo iſt ſie auch alsdenn anzunehmen, wenn der Vater ſeinen Sohn, und zugleich den Enkel nach der Aquillianiſchen oder Vellejaniſchen Formel ernannt hat. Denn lezterer ſoll nur Erbe werden, wenn der erſtere vor dem Erblaſſer ſtirbt. L. 37. pr. de hered. inſt. Cum in teſtamento ita ſcribitur: Si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo poſt mortem meam natus heres eſto, duo gradus heredum. Nullo enim caſu vterque ad hereditatem admittitur. Ex quo apparet, ſi nepoti Titius ſubſtitutus fuerit, et filius patri heres exſtiterit: non poſſe Titium vna cum filio heredem eſſe. Quia non in primum, ſed in ſecundum gradum ſubſtituitur. Der Enkel wurde hier nicht Erbe. Alſo meinte ſein Subſtitut, er müſte nun an ſeine Stelle treten. Aber es war der Fall, auf welchen der Enkel gar nicht ernannt war, alſo auch ſein Subſtitut keine Prätenſion hatte. Man ſieht aus dieſer Stelle, mit welchem Ungrunde, wie ich ſchon oben bemerkt, die Rechtslehrer aus der Aquillianiſchen oder Vellejaniſchen Ernennung ſchlechthin eine Inſtitution machen, und ihr alle Eigenſchaften einer Subſtitution abſprechen wollen.

§. 641. Wenn dem Erben ſubſtituiret worden, der doch im erſten Grade ſich gar nicht genannt findet; ſo gilt die Subſtitution nicht. L. 19. de hered. inſtit. Ex facto etiam agitatum Pomponius et Arrianus referunt: Si quis, vacua parte relicta, ita inſtituerit: *Si mihi Sejus heres non erit*, (quem non inſtituerat) *Sempronius*

heres eſto: an hic occupare poſſit vacantem portionem. Et Pegaſus quidem exiſtimat, ad eam partem admitti. Ariſto contra putat: quia huic pars eſſet data, quae nulla eſſet. Quam ſententiam et Javolenus probat, et Pomponius et Arrianus. Et hoc jure vtimur, cf. Majanſ ad 30 ICtos P. 2. p. 222. Die leztere Meinung war allerdings vernünftiger, weil der lezte Wille unvollſtändig über dieſen Punkt war. Daher man auf ſolcheu gar nicht bauen konnte. Die Gloſſatoren meinten, die Entſcheidung des Geſetzes ſey unnatürlich, wenn man hic leſe, und von Sempronio ſolches verſtehe. Sie wollten lieber die Frage auf den Sejus richten, und leſen daher meiſtentheils: an Sejus occupare poſſit. Den Ungrund dieſer Leſart aber ſehe man bey A. Faber Conject. L. 5. c. 20. Er ſelbſt will, ohne Grund, hier keine Subſtitution, ſondern nur eine Inſtitution annehmen. A. Auguſtin hat mit Unrecht: Si mihi Sejus erit leſen wollen. Iauch. de Negation. p. 163.

§. 642. Die Subſtituten theilen ſich nach eben den Grundſätzen in den Nachlaß, nach welchen es die Erben des erſten Grades thun. Sie erhalten alſo gemeiniglich gleiche Theile. In dem Falle, wo einem Miterben die andern Miterben nach Proportion ihres Miterbrechts, und zugleich ein ſolcher, der nicht Miterbe war, ſubſtituirt worden, wurde die Theilung ſo gemacht, daß der lezte einen Kopftheil erhielt, die erſtern aber nach der Proportion ſich theilten, welche der Teſtirer in der Inſtitution unter ihnen gemacht hatte. L. 32. de vulg. et pup. ſubſt. Qui complures heredes ex diſparibus partibus inſtituerat, et in his Attium: Si Attius non adierit, caeteros ex iisdem partibus, quibus inſtituerat, heredes ei ſubſtituerat: deinde ſi Attius non adiſſet, Titium coheredem eis, qui ſubſtituti ſunt, adjecit. Quaeſitum eſt, quam partem is, et quam caeteri habituri eſſent,

eſſent. Reſpondi: Titium virilem, caeteros haereditarias partes; Veluti ſi tres eſſent: Titium partem quartam Attianae partis habiturum: reliquarum partium hereditarias partes, ex quibus inſtituti erant, reliquos habituros eſſe. Quodſi non ſolum Titium, ſed etiam alios adjeciſſet heredes: hos quidem viriles partes habituros, Veluti ſi tres (puta) coheredes fuiſſent ſubſtituti, extranei duo adjecti: hos quintas partes Attianae partis, reliquos autem coheredes hereditarias partes habituros eſſe dixit. Wären in dieſem Falle die Miterben nicht ausdrücklich nach derſelben Proportion ſubſtituirt worden, nach welcher ſie inſtituirt waren, ſo würden alle zu gleichen Theilen geerbt haben, indem der Satz, daß die Miterben nur nach Proportion der Inſtitution bey der Subſtitution theilen, blos von der gegenſeitigen Subſtitution wahr iſt.

§. 643. Man kann auch bedingt den Subſtituten ernennen. Wenn ihm jedoch keine Bedingung beygeſezt iſt, ſo folgt nicht, daß er eine ſolche um deswillen zu erkennen habe, weil dergleichen der Inſtitution beygefügt worden. L. 73. de hered. inſtit. Sub conditione herede inſtituto, ſi ſubſtituamus: niſi eamdem conditionem repetemus: pure eum heredem ſubſtituere intelligimur.

§. 644. Weil der, welcher ſubſtituirt, dadurch zu erkennen giebt, daß er die Portion, bey welcher ſolches geſchehen, weder den Inteſtaterben, noch andern Miterben gönne; ſo iſt daher die Regel angenommen, daß der, welcher dem Erben des zweyten Grades ſubſtituirt worden, auch dem Erben des erſten Grades ſubſtituirt ſey. Das heiſt: Wenn der Erbe des zweyten Grades etwa zugleich ein Miterbe des Erben von erſten Grade iſt, und vor dem Erblaſſer mit dieſem zugleich geſtorben; ſo bekommt der Subſtitut nicht nur die Portion ſeines Vormannes, ſondern auch die Portion von deſſen Miterben. L. 27. de

vulg. et pup. ſubſt. Si Titius coheredi ſuo ſubſtitutus fuerit deinde ei Sempronius: verius puto in vtramque partem Sempronium ſubſtitutum eſſe. L. 41. pr. eod. Coheredi ſubſtitutus, priusquam hereditatem adiret, aut conditio ſubſtitutionis exiſteret, vita deceſſit. Ad ſubſtitutum ejus, ſive ante ſubſtitutionem, ſive poſtea, ſubſtitutus ſit, vtraque portio pertinebit. Nec intererit, prior ſubſtitutus poſt inſtitutum, an ante decedat. §. 3. I. de vulg. ſubſt. Sed ſi inſtituto heredi coherede ſubſtituto dato, alius ei ſubſtitutus fuerit; divi Severus et Antoninus ſine diſtinctione reſcripſerunt, ad vtramque partem ſubſtitutum admitti. Bey der Pupillar Subſtitution iſt dieſer Satz nicht anwendbar. L. 47. de vulg. et pup. ſubſt. Die Worte: ſine diſtinctione §. 3. I. beziehen ſich auf die Verſchiedenheiten, welche L. 41. pr. erwähnt, aber ebenfalls nichts geachtet werden. Sive ante ſubſtitutionem, daſelbſt, heiſt: es mag, ehe der Miterbe ſubſtituirt worden, ihm ein anderer ſubſtituirt ſeyn, oder erſt, nachdem er ſubſtituirt worden. Poſt inſtitutum, ſo daß der ſubſtituirte Miterbe zwar den andern Miterben überlebt, jedoch auf andere Art deſſen Portion nicht erhält.

§. 645. Es kann ſich zutragen, daß die Erbernennung zum Theil Inſtitution, zum Theil Subſtitution, zugleich iſt, dies findet ſich in dem Falle, da bey der Inſtitution noch ein Theil übrig, und dieſer noch einem Miterben dergeſtalt gegeben wird, daß er, auf den Fall, daß ſein Miterbe nicht Erbe werde, ſogleich mit einem Theil zu Erben ernannt wird, der den übrig gebliebenen und den offen gewordenen Theil zugleich in ſich enthält. L. 9. §. 15. de hered. inſtit. Si quis primum ex triente, ſecundum ex triente, heredem inſtituerit: et, ſi ſecundus heres non erit, tertium ex beſſe heredem ſcribat: hic, ſecundo repudiante, beſſem habebit non

ſolum

ſolum jure ſubſtitutionis, ſed et inſtitutionis. Id eſt, trientem jure ſubſtitutionis, trientem jure inſtitutionis.

§. 646. Der Subſtitut hat alle Rechte des Erben des erſten Grades, an deſſen Stelle er tritt. Auch das jus accreſcendi, ſo dieſem zuſtand, geht auf ihn über L. 39. §. 2. de vulg. et pup. ſubſt. Quidam quatuor heredes fecerat, et omnibus heredibus praeter vnum ſubſtituerat. Vnus ille, cui non erat quisquam ſubſtitutus, et ex caeteris alter vivo patrefamilias deceſſerat. Partem, cui nemo erat ſubſtitutus, ad ſubſtitutum quoque pertinere, Ofilius, Caſcellius, reſponderunt. Quorum ſententia vera eſt. Der Theil, ſo keinen Subſtituten hatte, fiel an den Subſtituten eines andern Miterben pro rata. Es iſt dies ein Satz, der vor dem L. Iul. et Pap. zu ſetzen, darum werden auch Ofilius und Caſcellius, als Bürgen, angeführt.

§. 647. Die einem Suo geſchehene Vulgar Subſtitution nimmt ihm die Suität nicht Vinn. Quaeſt. Sel. L. 2. c. 23.

§. 647b. Wenn die Vulgar Subſtitution dergeſtalt gemacht iſt, daß der erſte Erbe bedingt ernannt worden, und auf den Fall, da die Bedingung nicht würklich wird, die Subſtitution verordnet iſt: ſo kann der Inſtitut unterdeſſen Beſiz der Erbſchaft erlangen, nur muß er dem Subſtituten, der Erbmaſſe wegen, Sicherheit ſtellen. Paul Sent. L. 5. tit. 9. §. 1. Subſtitutus heres ab inſtituto, qui ſub conditione ſcriptus eſt, vtiliter ſibi inſtitutum hac ſtipulatione cavere compellit, ne petita bonorum poſſeſſione res hereditarias deminuat. Hoc enim caſu ex die interpoſitae ſtipulationis duplos fructus praeſtare compellitur. Hujus enim praejudicium a ſuperiore differt, quo quaeritur, an ea res, de qua agitur,

tur, major ſit centum ſeſtertiis ideoque in longiorem diem concipitur. Subſtitutus heres ab inſtituto; iſt ſo viel, als Subſtitutus heres juxta oder poſt inſtitutum. Hoc enim caſu - compellitur iſt vermuthlich von dem Falle zu verſtehen, da der Beſitzer, Grundſtücke dennoch veräuſſert. In ſolchem ſoll er nicht nur für die Subſtanz, derſelben haften, ſondern auch die deshalb zu ziehen geweſenen Nutzungen doppelt vergüten. Ex die interpoſitae ſtipulationis, wenn nemlich gleich darauf die Veräuſſerung geſchehen. Hujus enim etc. lehrt vermuthlich, daß der Punct der Caution überhaupt, ſodenn der Werth der Erbſchaft ausgemacht werden müſſe. Denn nur wenn dieſelbe über 100 Seſtertien betrug, war Caution zu machen. Uebrigens wurde in ſolchem Fall auch auf 10 und 20 Jahr die Sicherheit geſtellt, weil die Condition ſo lange in ſuſpenſo ſeyn konnte.

Viertes Segment.

Die Pupillar Subſtitution.

Erſter Abſatz.

Form derſelben.

§. 648. Urſprung der Pupillar Subſtitution. §. 649. Sie macht keine Inofficioſität. §. 650. Einem Emancipirten darf man nicht pupillariſch ſubſtituiren. Wiefern poſtumis, Enkeln und Arrogatirten dergeſtalt ſubſtituirt werde. §. 651. Dem Arrogirten wird nur auf das Vermögen, ſo vom Arrogierer herkommt, pupillariſch ſubſtituirt. §. 652. Nur ſolchen, welche des Teſtirers unmittelbare Inteſtat Erben ſind, kann pupillariſch ſubſtituirt werden. §. 653. Eine Mutter kann nicht pupillariſch ſubſtituiren. §. 654. Die Subſtitution wird ungültig, wenn das Kind in der Folge aus der väterlichen Gewalt heraus geht. §. 655. Sie iſt auf

auf die Impubertät eingeſchränkt. §. 656. Unter die Pubertäts Jahre kann ſie herabgeſezt werden. §. 657. Man kann auf gewiſſe Jahre den einen, und auf die folgende den andern ſubſtituiren. §. 658. Würkung der über die Pubertät erſtreckten Subſtitution. §. 659. Fortſetzung. Ob die Subſtitutio militaris eine directa oder obliqua ſey. §. 660. Ob die Subſtitution, ſo über die Pubertät hinausgeht, als Fideicommiß gelte. §. 661. Ehemals konnte der Pupill bey der Pupillar-Subſtitution enterbt werden. §. 662. Wenn dem Pupillen der Pflichttheil verlaſſen iſt. gilt die Subſtitution. §. 663. Von der Verknüpfung der Subſtitution mit der Enterbung nach dem neueſten Rechte. §. 664. Pupillar Subſtitution kann bey einigen Kindern verordnet, bey andern unterlaſſen werden. §. 665. Vom Fall da dem Kinde ſubſtituirt iſt, das zulezt ſterben wird. §. 666. Der Subſtitut erhält in ſolchem Fall das Vermögen aller Kinder. §. 667. Fall, da die Kinder bey ſolcher Subſtitution zuſammen umgekommen. §. 668. Wenn bey ſolcher Subſtitution ein Kind zur Pubertät kommt, ſo erhält der Subſtitut nichts. §. 669. Fall, da die Subſtitution allen Kindern zuſammen geſchehen iſt. Wie wenn ſie denn zugleich umkommen? §. 670. Fortſetzung des Falls. §. 671. Der Vater muß ſich zugleich ſelbſt ein Teſtament machen. §. 672. Des Vaters Teſtament muß älter ſeyn, als das pupillariſche, wenn ſie zu verſchiedenen Zeiten gemacht ſind. §. 673. Wenn beyde Teſtamente zugleich gemacht ſind, kann des Kindes Teſtament vorſtehen. §. 674. Des Kindes Teſtament kann lange nach dem Teſtamente des Vaters gemacht werden. §. 675. Das eine der beyden Teſtamente kann mündlich und das andere ſchriftlich ſeyn. §. 676. Das eine Teſtament kann anders verwahrt ſeyn als das andre. §. 677. Wenn beyde Teſtamente zugleich gemacht werden, ſo erfodern ſie nur eine Feyerlichkeit.

§. 648.

Die Pupillar Subſtitution wurde durch den Gerichtgebrauch eingeführt. Aylinger de ſubſt. pup. de Goebel de ſubſt. pupill. in Germ. non excluſ. Hoheiſel de

pupil-

pupillar. tabb. a matre confect. Becker de ſubſt. pupill. intuitu bonor. adventit. nulla. Deneke de ſucceſſ. ex pupill. ſubſtit. Madihn de ver. ind. ſubſt. pupill. tam jure vel quam hod Felz de ſubſt. pupill. Man nahm an, daß, wenn ein Vater, der ein Kind, ſo in der Impubertät ſtehe, unter ſeiner Gewalt hat, ſich zuerſt ein Teſtament gemacht hätte, er dieſem Kinde zugleich ein Teſtament machen, ſolchem auf den Fall, daß es in der Impubertät verſtürbe, Erben ernennen, und des Kindes Teſtament ſeinem eigenen anhängen könne. Vlp. Fragm. Tit. 23. §. 7. Liberis impuberibus in poteſtate manentibus, tam natis, quam poſtumis, heredes ſubſtituere parentes poſſunt duplici modo, id eſt, aut eo, quo extraneis, vt ſi heredes non exſtiterint liberi, ſubſtitutus heres fiat: aut proprio jure, id eſt, ſi poſt mortem parentis heredes facti, intra pubertatem deceſſerint ſubſtitutus heres fiat.

§. 649. Weil dieſe Subſtitution aus guten Gründen eingeführt war, ſo konnte ſie nicht Namens des Pupillen etwa dadurch angefochten werden, als wenn ſie Pflichtwidrig, unbillig wäre, und das an ſich hätte, was man Inofficioſität nannte. Dies wurde nur angenommen, wenn der ſich beſchwerte, ſo um die Erbſchaft vom Erblaſſer gebracht worden. Solches war aber hier der Fall nicht. L. 8. §. 7. de inoff. teſt. Si quis impuberi filio ſubſtituit ſecundas tabulas faciendo, non ob hoc admittemus ipſum impuberem ad inofficioſi querelam.

§. 650. Es gehörte alſo dazu ein Kind, das unter des Teſtirers Gewalt ſtand. Einem emancipirten Sohne konnte daher nicht pupillariſch ſubſtituirt werden. L. 2. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Moribus introductum eſt, vt quis liberis impuberibus teſtamentum facere poſſit,

donec

donec maſculi ad quatuordecim annos perveniant, foeminae ad duodecim. Quod ſic erit accipiendum, ſi ſint in poteſtate. Caeterum emancipatis non poſſumus. Poſtumis plane poſſumus. Nepotibus etiam poſſumus: et deinceps ſi qui ſint recaſuri in patris poteſtatem. Sed ſi eos patres praecedant, ita demum ſubſtitui eis poteſt, ſi heredes inſtituti ſint, vel exheredati. Ita enim poſt legem Vellejam ſuccedendo non rumpunt teſtamentum. Nam ſi principale ruptum ſit teſtamentum et pupillare evanuit. Sed ſi extraneum quis impuberem heredem ſcripſerit, poterit ei ſubſtituere: Si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel arrogaverit, filio praecedente. Poſtumis wird pupillariſch ſubſtituirt, wenn ſie ſolche ſind, die wofern ſie jezt gebohren wären, unter des Teſtirers Gewalt ſtehen würden. Enkeln, deren Vater noch lebt, kann nicht unbedingt pupillariſch ein Erbe ernannt werden. Geſezt, daß auch der Vater hernach vor dem Teſtament verſtürbe, ſo gilt die Subſtitution, wegen der Catonianiſchen Regel von dem, was von Anfange nicht gegolten, dennoch nicht. Aber bedingt kann man den Enkel unter ſolchen Umſtänden ſubſtituiren, unter der Bedingung nemlich, wofern der Vater vor dem Teſtirer verſterben ſollte. Lebt der Vater der Enkel noch, ſo fallen ſie nach des Teſtirers Tode in deſſen Gewalt, und es läßt ſich bey ihnen kein Teſtament gedenken. Si heredes inſtituti ſunt vel exheredati nemlich unter der Bedingung des legis Vellejae, des Aquillius Gallus, oder des Salvius Julianus. Einem Arrogirten kann der Teſtirer nach dieſer Stelle ebenfalls ſubſtituiren. Die Arrogation muß an Sohns, oder wenn ein Sohn da iſt, etwa von Enkels ſtatt geſchehen ſeyn. Si modo heiſt: wenn auch nur. Es iſt genug, wenn nur an Enkels ſtatt die Arrogation geſchehen. Daß der Arrogierer dem Arrogirten pupillariſch ſubſtituirt hatte, war vermuthlich mit der Vellejaniſchen Formel ge-

ſche-

ſchehen, weil es unbedingt nicht angieng, indem der Enkel nicht unmittelbarer Erbe des Teſtirers war. cf. Calder bey Meerm. Theſ. Tom. 3. p. 597.

§. 651. Dies iſt aber durch die Geſetze auf dasjenige eingeſchränkt, ſo dieſer Arrogirte von ſeinem Arrogierer bekommen, auf das übrige Vermögen deſſelben aber iſt es nicht auszudehnen. Daran hat der Subſtitut keinen Antheil. L. 10. § 6. de vulg. et pup. ſubſt. In adrogato quoque impubere dicimus, ad ſubſtitutum ejus ab arrogatore datum non debere pertinere ea, quae haberet, ſi arrogatus non eſſet, ſed ea ſola, quae ei dedit arrogator. Niſi forte diſtinguimus, vt quartam quidem, quam omnimodo ex reſcripto divi Pii debuit ei relinquere, ſubſtitutus habere non poſſit, ſuperfluum habeat. Scaevola tamen libro decimo Quaeſtionum putat, vel hoc arrogatori permittendum. Quae ſententia habet rationem. Ego etiam amplius puto, et ſi quid beneficio arrogatoris acquiſiit, et haec ſubſtitutum poſſe habere. Vtputa arrogatoris amicus, vel cognatus ei aliquid reliquit. Daß dieſe Einſchränkung gemacht wurde, kam daher, weil die Arrogation eines Impuberis nach der Verordnung des Antoninus Pius bis zur Pubertät noch keine völlige Kraft hatte. Denn der Pupill muſte ſie nach erlangter Pubertät erſt ſelbſt beſtätigen, und bis dahin gab ſie dem Mündel zwar Rechte auf das Vermögen des Arrogierers, aber dieſem nicht auf das Vermögen des Mündels. Es wurde bey der Arrogation ſogar Sicherheit geſtellt, daß das Vermögen, wenn der Pupill in der Impubertät verſtarb, den nächſten Verwandten deſſelben heraus gegeben werden ſollte. Dieſe hätten es nicht bekommen, wenn der Arrogierer darauf pupillariſch ſubſtituiren können. Wegen deſſen, was vom Arrogierer her auf den Mündel durch den Tod gekommen war, konnte kein Zweifel ſeyn, daß dar-

über die Pupillar Subſtitution zuläßig ſey. Der Zweifel wegen der Quarta war ohne Grund, da er die Stelle des Pflichttheils vertritt, und die Pupillar Subſtitution auch mit auf den Pflichttheil geht. Was um des Arrogierers Willen dem Arrogierten zugefloſſen, wurde unter die Subſtitution gezogen, ſo wie das, was um des Vaters Willen dem Kinde zugefloſſen, zu dem peculio profectitio gerechnet wird. Auf ſolche Art geſchieht es, daß der arrogirte Pupill, wenn ihm der Arrogierer ſubſtituirt hat, in der Impubertät pro parte teſtatus pro parte inteſtatus, und wenn ihm zugleich der leibliche Vater einen Pupillar Subſtituten ernannt hatte, mit 2 Teſtamenten verſtirbt. Altamiran. bey Meerm. Theſ. Tom. 2. p. 505.

§. 652. Die Pupillar Subſtitution hat übrigens ſo wohl bey Kindern, als Enkeln und ſonſtigen fernern Deſcendenten ſtatt, welche des Teſtirers unmittelbare Erben ſind. L. 13. de vulg. et pup. ſubſt. Quo gradu heres liberis ſubſtituatur, nihil intereſt.

§. 653. Weil ein Kind, das unter des Teſtirers Gewalt ſtand, zu der Pupillar Subſtitution gehörte, ſo folgte daraus, daß eine Mutter dergeſtalt ſubſtituiren könne. L. 33. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Si mater ita teſtetur, vt filium impuberem, cum erit annorum quatuordecim heredem inſtituat, eique pupillaribus tabulis, ſi ſibi heres non erit, alium ſubſtituat: valet ſubſtitutio. Stockmann. ad L. 33. ff. de vulg. et pup. ſubſt. Der Fall wird abſichtlich ſo geſezt, daß die Mutter vulgariter ſubſtituirt hatte, und geſagt, daß dieſes gelte, um anzuzeigen, daß es anderer Geſtalt nicht gültig ſey. Es waren alſo hier keine eigentlichen tabulae pupillares, ſondern es war nur ein doppelter Grad der Erbeinſetzung. Blos weil, wenn das Kind vor der Impubertät ver-

ſtarb,

ſtarb, der Subſtitut erbte, wurde hier der zweyte Grad tabulae pupillares genannt. Es iſt nicht nöthig mit einigen ſtatt: mater, lieber: pater zu ſetzen Charond. Veriſimil. Otto Theſ. Tom. 1. p. 760. cf. Coſta Var. ambiguit. l. c. Tom. 4. p. 1259.

§. 654. Daher weil die väterliche Gewalt über den Pupillen nothwendig war, kam es auch, daß die Subſtitution ungültig wurde, wenn derſelbe bey Leben des Teſtirers aus deſſen Gewalt heraus kam. L. 41. §. 2. de vulg. et pup. ſubſt. Cum filiae vel nepoti, qui locum filii tenuit, aut poſt teſtamentum coepit tenere, parens ſubſtituit: ſi quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia: ſubſtitutio pupillaris fit irrita cf. Perez ad L. 4. §. 2. de vulg. pup. ſubſt.

§. 655. Zur Pupillar Subſtitution gehört ferner ein Kind, daß ſich noch in der Impubertät befindet, weil ein ſolches ſich ſelbſt kein Teſtament machen kann und ihm alſo die Freyheit ſelbſt zu teſtiren dadurch nicht genommen wird. Es kann daher dieſe Subſtitution auch nur bis auf den Anfang der Pubertät gerichtet werden. §. 8. J. de pupill. Subſt. Maſculo igitur vſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt: foeminae vſque ad duodecim annos. Et ſi hoc tempus exceſſerint, ſubſtitutio evaneſcit.

§. 656. Auf eine kürzere Zeit, als auf den Anfang der Pubertät, kann die Subſtitution eingeſchränkt werden. L. 21. de vulg. et pup. ſubſt. Si ita quis ſubſtitueſerit: *Si filius meus intra decimum annum deceſſerit, Sejus heres eſto.* Deinde hic ante quartum decimum poſt decimum, deceſſerit: magis eſt vt non poſſit bonorum poſſeſſionem ſubſtitutus petere. Non enim videtur in hunc caſum ſubſtitutus L. 38. §. 1. eod. Ergo et ad breve tempus aetatis ſubſtituere poteſt: Vtputa: *ſi filius*

lius meus intra annum decimum deceſſerit, Sejus heres eſto. Deinde hic ante quartum decimum, poſt decimum, deceſſerit: magis eſt vt non poſſit bonorum poſſeſſionem ſubſtitutus petere. Non enim videtur in hunc caſum ſubſtitutus. L. 38. §. 1. eod. Ergo ad breve tempus aetatis ſubſtituere poteſt. Vtputa: *Si filius meus intra annum decimum deceſſerit, Titius heres eſto.*

§. 657. Daher können zweyerley Pupillar Subſtitutionen zugleich gemacht werden. Die eine kann man auf eine kürzere Zeit einſchränken, die nicht bis an die Pubertät hinanreicht. Die andere kann auf die folgende Zeit eingerichtet werden. L. 38. §. 2. de vulg. et pup. ſubſt. Itaque et ſi diverſos ſubſtituat poſt finem aetatis, admittendum erit. Veluti: *Si intra decimum annum deceſſerit, Titius heres eſto: Si poſt decimum, intra quartum decimum, Maevius heres eſto.* L. 43. §. 1. eod. Item quaero: ſi ita facta proponatur ſubſtitutio: *filius meus ſi intra decem annos deceſſerit, Titius heres eſto: Si intra quatuordecim Maevius:* filiusque octo annorum deceſſerit: vtrum Titius ſolus ex ſubſtitutione ei heres erit, an et Maevius, quia certum eſt, et intra decem et intra quatuordecim annos filium deceſſiſſe. Reſpondi: omne quidem ſpatium, quod eſt intra pubertatem, liberum eſſe patri ad ſubſtituendum filio. Sed finis hujus, pubertas eſt. Magis autem eſt in vtroque eorum tempus ſuum ſeparatim ſervari, niſi contraria voluntas teſtatoris aperte oſtendatur.

§. 658. Ueber die Pubertät hinaus kann dieſe Subſtitution nie ausgedehnt werden. Geſchieht ſolches dennoch, ſo iſt nicht alles ungültig, ſondern die Subſtitution beſteht, als pupillariſche Subſtitution, dennoch bis zur Pubertät. Nur nachher gilt ſie nicht weiter L. 14. de vulg. et pup. ſubſt. In pupillari ſubſtitutione, licet longius tempus comprehenſum fuerit, tamen finietur ſubſtitutio pubertate.

§. 659. Eben dies lehrt L. 7. de vulg. et pup. ſubſt. Verbis civilibus ſubſtitutionem poſt quartum decimum annum aetatis fruſtra fieri convenit. Sed qui non admittitur, vt ſubſtitutus, vt adjectus heres quandoque non erit: ne fiat contra voluntatem, ſi filius non habeat totum interim, quod ei teſtamento pater dedit §. 9. J. Extraneo vero, vel filio puberi heredi inſtituto, ita ſubſtituere nemo poteſt, vt ſi heres exſtiterit, et intra aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit heres. Sed hoc ſolum permiſſum eſt, vt eum per fideicommiſſum teſtator obliget, alii hereditatem ejus, vel totam, vel pro parte, reſtituere: quod jus, quale ſit, ſuo loco tradimus. Verba civilia in L. 7. ſind verba directa. Verbis obliquis ein Fideicommiß zu errichten, und einem erwachſenen Sohne dergleichen aufzuerlegen, war ohne Bedenken. Daß der ungültige Pupillar Subſtitut, der nach der Pubertät noch erben ſollte, die Hälfte der Erbſchaft hätte bekommen, und des Sohnes Miterbe werden ſollen, dazu war kein Grund vorhanden. Vt adjectus heres non erit. Dies würde gegen den ausdrücklichen Willen des Erblaſſers ſeyn, welcher den Sohn zum alleinigen Erben gemacht. Ne fiat contra voluntatem etc. Es gab Fälle, wo Jemand, wider welchen Bedenken war, ob er erben konnte, durch ein Schnitter Urtheil die Hälfte der Erbſchaft bekam. Zu dieſen Fällen gehörte aber unſer Fall nicht. Quandoque non heiſt hier ſo viel, als numquam, A Faber Conject. L. 15 c. 12. ſtreitet mit vielen Gründen gegen den Cujaz, daß die Subſtitutio militaris keine obliqua, ſondern directa ſey. Ob er nun gleich darin Recht hat; ſo kommt doch darauf ſo viel nicht an, weil bey militariſchen Teſtamenten die Rechte der directae und obliquae ſubſtitutionis nicht verſchieden ſind. Daß ab inteſtato die obliqua der Falcidiae bey Soldaten unterworffen ſeyn würde, iſt zu leugnen.

§. 660.

§. 660. Man diſputirt, ob die über die Pubertät erſtreckte Pupillar Subſtitution, nach angetretener Pubertät, als Fideicommiß, gelten könne. Wenn es der Teſtirer nicht verordnet, daß ſie alſo gelten ſolle; ſo hat die Sache nach der Theorie mehr wider, als für ſich.

§. 661. Zu den Zeiten der Pandecten ſchadete es nicht, wenn auch der Mündel, welchem man pupillariſch ſubſtituirte, daneben enterbt wurde, weil keine beſtimmten Urſachen der Enterbung und deren Erwähnung im Teſtamente erforderlich waren. Rotgerſ. tutor ac ſubſtit. pupillar. recte dari filio exheredato. §. 4. J. de pupill. ſubſt. Non ſolum tamen heredibus inſtitutis impuberibus liberis ita ſuſtituere parentes poſſunt, vt ſi heredes eis exſtiterint, et ante pubertatem mortui fuerint, ſit eis heres is, quem ipſi voluerant; ſed etiam exheredatis. Itaque eo caſu, ſi quid exheredato pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquiſitum fuerit, id omne ad ſubſtitutum pertinebit. Quaecunque diximus de ſubſtitutione impuberum liberorum vel heredum inſtitutorum, vel exheredatorum, eadem etiam de poſtumis intelligimus. Vlp. Fragm. Tit. 23. §. 8. Etiam exheredatis filiis ſubſtituere parentibus licet. L. 1. §. 2. de vulg. et pup. ſubſt. Subſtituere liberis tam heredibus inſtitutis, quam exheredatis poſſumus: et tam eum, quem heredem nobis inſtituimus, quam alterum.

§. 662. Noch weniger war etwas gegen die Subſtitution zu erinnern, wenn dem Kinde auch nur der Pflichttheil verlaſſen war L. 26. C. de inoff. teſt. Ex tribus vnciis herede inſtituto filio, intra pubertatis annos directam non inutiliter a patre fieri ſubſtitutionem, certum eſt.

§. 663. Nachdem Juſtinian die Form der Enterbung Nov. 115. c. 3. geändert, ſo kann eine Enterbung des Kindes, welchem man ein Teſtament macht, nicht weiter gültig ſeyn. Weil jedoch die Enterbung, welche die Form dieſer Novelle nicht hat, blos die Haupt Erbeinſetzung ungültig macht, dagegen die Acceſſoria derſelben kräftig bleiben; ſo wird die übrigens ungültige Enterbung in dieſem Falle der Subſtitution nicht ſchaden.

§. 664. Wenn der Teſtirer mehrere Kinder von Jahren der Impubertät hat, kann er auch mehreren, oder allen, oder nur einem von ihnen ein Teſtament machen. Von dem Fall, da nur einigen das Teſtament gemacht wird, überhaupt, redet L. 38. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Qui plures liberos habet, poteſt quibusdam ſubſtituere, neque vtique neceſſe habet omnibus, ſicuti poteſt nulli ſubſtituere.

§. 665. Wenn nur einem von mehrern das Teſtament gemacht wurde, ſo war beſonders der Fall merkwürdig, da man es dem Mündel machte, der zulezt verſterben würde. L. 37. de vulg. et pup. ſubſt. Vel ſingulis liberis, (vel) qui eorum noviſſimus morietur, heres ſubſtitui poteſt. Singulis, ſi, neminem eorum inteſtato decedere velit. Noviſſimo, ſi jus legitimarum hereditatum integrum inter eos cuſtodiri velit. §. 6. J. de pupill. ſubſt. Vel ſingulis autem liberis, vel ei, qui eorum noviſſimus impubes morietur, ſubſtitui poteſt. Singulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatum decedere voluerit: noviſſimo, ſi jus legitimarum hereditatum integrum inter eos cuſtodiri velit.

§. 666. In ſolchem Falle erhielt der Subſtitut, wenn die Kinder alle in der Impubertät verſturben, das geſammte Vermögen von allen dieſen Geſchwiſtern, weil die überlebenden immer Inteſtat Erben der Sterbenden wur-

wurden, und den leztverſterbenden der Subſtitut beerbte. L. 34. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Ex duobus impuberibus ei, qui ſupremus moreretur, heredem ſubſtituit. Si ſimul morerentur, vtrique heredem eſſe reſpondit, quia ſupremus non is demum, qui poſt aliquem, ſed etiam poſt quem nemo ſit, intelligatur. Sicut et e contrario proximus non ſolum is, qui ante aliquem, ſed etiam is, ante quem nemo ſit, intelligitur.

§. 667. Daher konnte kein Zweifel ſeyn, daß die Subſtitution gültig blieb, und dem Subſtituto beyder Kinder Vermögen gab, wenn ſie auch beyde zu gleicher Zeit umkamen. Dies lehrt theils das eben angeführte Geſetz, theils L. 9. pr. de reb. dub. Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui ſupremus moritur, Titium ſubſtituit. Duo impuberes ſimul in nave perierunt. Quaeſitum eſt, an ſubſtituto, et cujus hereditas deferatur. Dixi: ſi ordine vitae deceſſiſſent: priori mortuo frater ab inteſtato heres erit: poſteriori ſubſtitutus: in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In propoſita autem quaeſtione, vbi ſimul perierunt: quia cum neutri frater ſuperſtes fuit, quaſi vtrique vltimi deceſſiſſe ſibi videantur? an vero neutri, quia comparatio poſterioris decedentis ex facto prioris mortui ſumitur? Sed ſuperior ſententia magis admittenda eſt, vt vtrique heres ſit. Nam et qui vnicum filium habet, ſi ſupremum morienti ſubſtituit, non videtur inutiliter ſubſtituiſſe. Et proximus agnatus intelligitur etiam, qui ſolus eſt, quique neminem antecedit. Et hic vtrique, quia neutri eorum alter ſuperſtes fuit, vltimi primique obierunt. Man könnte auch ſagen, es ſey nicht zu glauben, daß beyde Kinder in einem und ebendemſelben Augenblick geſtorben. Daher habe dennoch eins das andere überlebt, ſey deſſen Er-

be geworden, und verlaſſe nun dem Subſtituten beiderley Vermögen. Weil ein Bruder des andern Erbe nicht ipſo jure wird, ſo nehmen einige hier eine Subſtit. recipr. an, andere daß dem leztſterbenden reſtitutio in integrum wegen nicht möglich geweſener Erbantretung zugekommen, andere, daß der leztſterbende zwar Inteſtat Erbe des andern, doch deſſen heres neceſſarius geworden. Alles dieſes verwirft Averan. Interpr. L. 5. c. 31. Dagegen ſezt er den Grund der Entſcheidung darin, daß beyde Kinder leztſterbende geweſen, weil von keinem geſagt werden könne, daß es eher wie das andere geſtorben. In einigen Mſpten ſteht vor quia, cum neutri noch vtrum. ſtatt deſſen lieſet Arnaud. Conjectur. L. 2. c. 11. vtri, und ſtatt: ſibi videantur, beſſer, ibi videantur, da denn das: an vero neutri beſſer paßt. Wenn man ſtatt: quia cum neutri, blos quia neutri lieſt, ſo iſt weiter keine Verbeſſerung nöthig.

§. 668. Wenn im Fall, da nur dem Kinde das Teſtament gemacht iſt, welches zulezt verſterben würde, die übrigen Kinder in der Impubertät ſterben, eins derſelben aber zur Pubertät kommt; ſo erhält der Subſtitut gar nichts L. 41. §. 7. de vulg. et pup. ſubſt. Cum pater impuberi filiae, quae noviſſima diem ſuum obiiſſet, tabulas ſecundas feciſſet, et impubes, filia ſuperſtite ſorore pubere, vita deceſſiſſet, irritam eſſe factam ſubſtitutionem, placuit: in perſona quidem prioris, quia non noviſſima deceſſit: in alterius vero, quia puberem aetatem complevit. Der lezte iſt hier nicht in der Impubertät geſtorben, und dieſem allein war ſubſtituirt.

§. 669. Wenn nicht dem Kinde, das zulezt ſterben wird, ſondern den Kindern überhaupt ein Pupillar Subſtitut gegeben worden, und ſie ſterben nach einander, ſo beerbt der Subſtitut nur das lezte, im übrigen erbt ein

Kind

Kind von dem andern, und in des zulezt ſterbenden Kindes Vermögen ſtecken alſo die Güter aller ſeiner Geſchwiſter zugleich mit. Wofern ſie hingegen zugleich umkommen, ſo erbt der Subſtitut gleichſam von jedem Kinde beſonders L. 42. de vulg. et pup. ſubſt. Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita ſubſtituit, ſi ambo mortui eſſent. Deinde pueri poſt mortem patris ſimul perierunt; Duae hereditates ſubſtituto deferuntur. Sed ſi diverſis temporibus vita decedant: in hereditate noviſſimi pueri, ejus fratris, qui ante mortuus eſt, hereditatem ſubſtitutus inveniet. Sed in ratione Falcidiae, pueri prioris hereditas non veniet. Nec ſubſtitutus amplius, quam ſeſcunciam jure teſtamenti deſiderabit. Legata quoque, quae a ſubſtituto ejus filii data ſunt: qui prior inteſtato deceſſit, ad irritum recidunt. Sed in ratione etc. heiſt; wenn dem Subſtituto, der nun des lezt verſterbenden Kindes Vermögen würklich erhalten, Legata auferlegt ſind; ſo fallen diejenigen hinweg, welche in Anſehung der Erbſchaft des erſt verſtorbenen Kindes dem Subſtituten auferlegt waren. Dieſes Kind beerbt er nicht, als Subſtitut. Das andere Kind erbte von ſeinem vorher geſtorbenen Geſchwiſter. Alſo zahlt der Subſtitut auch dieſe Vermächtniſſe nicht aus. Dagegen wird auch die Falcidia, welche von Legatis, die in Anſehung der Erbſchaft des lezt verſtorbenen Kindes verordnet ſind, abzuziehen iſt, nicht nach der Gröſſe beiderley Güter zuſammen, ſondern nur des Vermögens des lezt verſtorbenen gerechnet. Dies Kind beſaß die Hälfte des väterl. Vermögens. Alſo werden von der geſammten Maſſe des Vermögens beyder Kinder nur $1\frac{1}{2}$ Unzen zur Falcidia gerechnet, nicht 3 Unzen welches der vierte Theil von beyder Kinder Vermögen wäre, da hingegen $1\frac{1}{2}$ Unze der vierte Theil von den Gütern des leztverſtorbenen Kindes allein iſt. Wenn beyde Kinder zugleich umkommen, ſo müſſen die Legata,

welche in Anſehung beyder Kinder Vermögen dem Subſtituten auferlegt ſind, bezahlt werden. Dagegen wird jedes Antheils Legatarien die Falcidia beſonders abgezogen.

§. 670. Daß, wenn ein Kind vor dem andern in dieſem Falle verſtirbt, beyde aber doch in der Impubertät ableben, der Subſtitut nur nach dem Tode des leztſterbenden erſt zur Succeßion komme, lehrt beſonders L. 10. C. de impub. et al. ſubſt. Cum quidem duobus impuberibus filiis ſuis heredibus inſtitutis adjecit, ſi vterque impubes deceſſerit, Illum ſibi heredem eſſe: dubitabatur apud antiquos legum auctores vtrumne tunc voluerit ſubſtitutum admitti, cum vterque filius ejus in prima aetate deceſſerit: an alterutro decedente, illico ſubſtitutum in ejus partem ſuccedere. Et placuit Sabino, ſubſtitutionem tunc locum habere, cum vterque deceſſerit. Cogitaſſe enim patrem, primo filio decedente, fratrem ſuum in ejus portionem ſuccedere. Nos ejusdem Sabini veriorem ſententiam exiſtimantes, non aliter ſubſtitutionem admittendam eſſe cenſemus niſi vterque eorum in prima aetate deceſſerit. A. Faber Conject. L. 13. c. 19. ſezt den Grund dieſer Verordnung lediglich in dem vermutheten Willen des Erblaſſers, da ſonſt nach der Natur der Inſtitution, ſo jedem Kinde beſonders geſchieht, ein anders zu ſagen wäre. Er meint auf das: Sibi komme hier auch etwas an. Wenn es: impuberibus geheiſſen hätte, würde ein anders zu ſagen ſeyn. Wenn weder der eine noch der andere Ausdruck gebraucht worden, ſo trete wieder der vermuthete Wille des Erblaſſers ein. Selbſt, wenn ein drittes Kind zwey andern ſubſtituirt worden, gehe die Inteſtat Succeſſion bey dem Tode des einen Impuberis der Subſtitution vor. Wenn dies erſte Kind zur Pubertät kommt,

das

das andere aber in der Impubertät verſtirbt, ſo ſtehe der Eintretung des Subſtituti nichts im Wege. Alle dieſe Sätze laſſen ſich hören. Es war hier ein Streit zwiſchen den Sabinianern und Proculejanern geweſen. Juſtinian tritt den erſtern bey Merill. ad Quinquag. Dec. h. I.

§. 671. Derjenige, welcher den Kindern ein Teſtament machen will muß ſich zugleich ſelbſt ein Teſtament machen. §. 5. J. de pupill. ſubſt. Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi et ſibi faciat. Nam pupillare teſtamentum pars et ſequela eſt paterni teſtamenti adeo, vt, ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit. Vlp. Fragm. Tit. 23. §. 9. Non aliter impuberi filio ſubſtituere quis heredem, poteſt, quam ſi ſibi quis heredem inſtituerat, vel ipſum filium, vel quemlibet alium. L. 1. §. 3. de vulg. et pup. ſubſt. Subſtituere liberis pater non poteſt, niſi ſi heredem ſibi inſtituerit. Nam ſine heredis inſtitutione nihil in teſtamento ſcriptum valet.

§. 672. Wenn die beyden Teſtamente zu verſchiedenen Zeiten gemacht werden, ſo muß das Teſtament des Vaters vorhanden ſeyn, ehe das Teſtament des Kindes gemacht wird, weil dieſes auf jenes gebauet werden muß und der Bau nicht eher angeht, bis das Fundament gelegt iſt L. 2. §. 4. de vulg. et pup. ſubſt. Prius autem ſibi quis debet heredem ſcribere, deinde filio ſubſtituere: et non convertere ordinem ſcripturae. Et hoc Iulianus putat, prius ſibi debere, deinde filio, heredem ſcribere. Caeterum ſi ante filio, deinde ſibi teſtamentum faciat, non valere. Quae ſententia reſcripto Imperatoris noſtri ad Virium Luppum, Britanniae praeſidem, comprobata eſt. Et merito. Conſtat enim, vnum eſſe teſtamentum, licet duae ſint hereditates. Vsque adeo, vt, quos quis ſibi facit neceſſarios, eosdem

etiam filio faciat, et poſtumum ſuum filio impuberi poſſit quis ſubſtituere §. 7. eod. Quod igitur dictum eſt, ſingulis liberorum ſubſtituere licere: ideo adjectum eſt, vt declaretur, non eſſe a filii teſtamento incipiendum impuberis. Wer des Teſtirers Zwang Erbe iſt, iſt auch des Kindes Zwang Erbe, dem er pupillariſch ſubſtituirt worden. Der Poſtumus des Teſtirers iſt in Anſehung des Kindes, dem ſubſtituirt wird, ein Poſtumus alienus. Solche poſtumos alienos durfte man zur Zeit der Pandecten nicht zu Erben ernennen. Dennoch konnte der Teſtirer dieſe poſtumos, die, in Anſehung des Kindes, alieni waren, demſelben zu Erben ernennen. Beydes kam daher, weil gewiſſer Maaſſen des Vaters und Kindes Teſtament als ein einziges angeſehen wurde. Daher war der poſtumus der das Kind beerbte, anzuſehen, als ob er den Vater beerbte, und der freywillige Erbe des Kindes, der ein Zwang Erbe des Vaters war, blieb bey der Beerbung des Kindes Zwang Erbe, weil er angeſehen wurde, als wenn er des Vaters Erbe würde. Beydes geſchahe zugleich zu Gunſt der Subſtitution, die ſonſt vielleicht nicht beſtanden hätte. §. 7. iſt vermuthlich ſo zu verſtehen, daß, weil man das Teſtament, ſo den Kindern gemacht wird, eine Subſtitution nennt, dies zu erkennen gebe, es müſſe des Vaters Teſtament eher gemacht werden, als das Teſtament des Kindes. Subſtitutio iſt ſubſequens inſtitutio. Alſo muß eine andere Inſtitutio vorher gehen. Cujacius will die Worte ſo zuſammen verbinden, daß heraus kommen ſoll, wenn der Mündel enterbt wird, ſo müſſe deſſen Teſtament nach des Vaters Teſtamente folgen, ſonſt könne es wohl vorher gehen. Es iſt aber ſchwer zu begreiffen wie dieſer Sinn aus den Worten heraus gebracht werden könne.

§. 673. Dieſe Erklärung wird von ihm gemacht, weil er L. 2. §. 5. de vulg. et pup. ſubſt. auf eine beſondere Art verſteht: Sed ſi quis ita fuerit teſtatus: *Si filius*

lius meus intra quartum decimum annum deceſſerit, Sejus heres eſto. Deinde: Filius heres eſto: valet ſubſtitutio: licet converſa ſcriptura filii teſtamentum fecerit. Hier widerſpricht Vlpian dem offenbar, was er den §. 4. geſagt hatte. Daher erklärt Cujacius den §. 5. von dem Fall, da der Mündel zu Erben ernannt iſt, §. 4. aber von dem Falle, da er enterbt worden. Daß §. 5. von der Erbeinſetzung des Mündels rede, iſt klar. Aber daß §. 4. von deſſen Enterbung zu verſtehen, erhellet ſo wenig, als daß §. 7. ſo zu erklären ſey. Man muß aus Noth zwiſchen ſtrengem Rechte und der Billigkeit einen Unterſchied machen, und §. 4. von jenem, §. 5. von dieſer erklären. Wenn nemlich zu einerley Zeit der Vater ſich und dem Kinde ein Teſtament machte, ſo ſollte zwar auch nach der Strenge des Vaters Teſtament vorher gehen; jedoch konnte, wenn man des Kindes Teſtament erſt gemacht hatte, ſolches nach der Billigkeit allenfalls geduldet werden. Charond. Veriſimil. Otto Theſ. Tom. 1. p. 760. hält §. 5. für eine vom Iulian diſſentirende Meynung des Vlpian. Govean hat §. 4. für: comprobata eſt lieber: improbata eſt ſetzen wollen. Es geht aber, wegen deſſen, was folgt, und wegen der übrigen bekannten Grundſätze der damaligen Zeit von der Ordnung der Dinge im Teſtament, dieſe Aenderung nicht an. Nach dem Juſtinianiſchen Rechte iſt der Streit überflüßig, weil die ehemalige beſtimmte Ordnung und Folge der Dinge im Teſtament ganz aufgehoben, und willkürlich gemacht iſt. cf. Lyklam. Membr. 1. E. 28.

§. 674. Wenn der Vater ſich zuerſt das Teſtament macht, ſo braucht nicht ſofort des Kindes Teſtament angefügt zu werden. Wenn auch ein Zwiſchenraum der Zeit zwiſchen des Vaters und des Kindes Teſtamente alsdenn ſeyn ſollte; ſo iſt beydes dennoch gültig. L. 16. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Si ſuo teſtamento perfecto, alia

rurſus hora pater filio teſtamento fecerit, adhibitis legitimis teſtibus: nihilominus id valebit, et tamen patris teſtamentum ratum manebit. Nam et ſi ſibi et filio pater teſtamentum feciſſet, deinde ſibi tantum: vtrumque ſuperius rumpetur. Sed ſi ſecundum teſtamentum ita fecerit pater, vt ſibi heredem inſtituat, ſi vivo ſe filius decedat: poteſt dici, non rumpi ſuperius teſtamentum, quia ſecundum non valet, in quo filius praeteritus ſit. Der erſte Satz der Stelle ſoll zugleich den Gedanken ausdrücken: Des Kindes zu einer andern Zeit gemachtes ſpäteres Teſtament hebe des Vaters älteres Teſtament nicht auf. Es ſind nicht zwey Teſtamente von einerley Art. Es ſind nicht zwey Teſtamente von einerley Teſtirer. In dem Teſtamente des Kindes iſt gleichſam das Kind Teſtirer. Alſo können dieſe beyden Teſtamente gar wohl neben einander beſtehen. Nam et ſi heiſt hier ſo viel, als: e contrario ſi. Wenn der Vater im ſpätern Teſtamente ſich einen Erben ernennt, ſo fällt freilich das frühere hinweg, und mit dem ältern Teſtamente des Vaters theilt des Kindes demſelben angehängtes Teſtament ſein Schickſal. Hat der Vater in ſeinem ältern Teſtamente das Kind zu Erben ernannt, in dem ſpätern aber blos demſelben vulgariter ſubſtituirt, ohne es ſelbſt nochmals zu Erben zu ernennen; ſo iſt das ſpätere wegen der Uebergehung des Kindes im erſten Grade ungültig. Alſo bleibt das ältere bey Kräften. Daß bey der ſpäter gemachten Pupillar-Subſtitution die Inſtitution des väterlichen Teſtaments nochmals wiederholt werden müſſe, iſt nicht geſagt.

§. 675. So wenig es nöthig iſt, daß des Kindes Teſtament ohne Zwiſchenraum der Zeit nach des Vaters Teſtamente gemacht werde, ſo wenig iſt erfoderlich, daß beyde Teſtamente auf einerley Art gemacht ſeyn. Es kann das eine mündlich, das andre ſchriftlich errichtet werden. L. 20. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Si pater ſibi per ſcri-

ſcripturam, filio per nuncupationem, vel contra, fecerit teſtamentum: valebit.

§. 676. Eben ſo kann das Teſtament des Kindes beſonders und anders verwahrt ſeyn, als das Teſtament des Vaters. §. 3. I. de pupill. ſubſt. Si autem quis ita formidoloſus ſit, vt timeat, ne filius ſuus, pupillus adhuc ex eo, quod palam ſuſtitutum acceperit, poſt obitum ejus periculo inſidiarum ſubjaceat, vulgarem quidem ſubſtitutionem palam facere, et in primis teſtamenti partibus ordinare debet: illam autem ſubſtitutionem, per quam ſi heres exſtiterit pupillus, et intra pubertatem deceſſerit, ſubſtitutus vocatur, ſeparatim in inferioribus partibus ſcribere debet, eamque partem proprio lino, propriaque cera conſignare: et in priore parte teſtamenti cavere, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc impubere aperiantur. Illud palam eſt, non ideo minus valere ſubſtitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis ſcripta ſit, quibus ſibi quisque heredem inſtituiſſet: quamvis pupillo hoc periculoſum ſit. Daß es nicht einmal nöthig iſt, zu verbieten, die Pupillar-Subſtitution, ſo beſonders verſiegelt iſt, ſolle bey Leben des Kindes in der Impubertät nicht eröfnet werden, ſondern es ſich ſchon von ſelbſt verſtehe, daß ſie bis zu dem Abſterben des Kindes uneröfnet bleiben müſſe, wird unten vorkommen.

§. 677. Wenn des Vaters und des Sohnes Teſtament zugleich gemacht werden, ſo iſt nur eine ſolche Feyerlichkeit dazu nöthig, welche da hinlänglich iſt, wo ein einziges Teſtament gemacht wird. L. 20. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Patris et filii teſtamentum pro vno habetur, etiam in jure praetorio. Nam (vt Marcellus libro Digeſtorum nono ſcribit) ſufficit, tabulas eſſe patris ſignatas. Et ſi reſignatae ſint filii: et ſeptem ſigna pa-

patris ſufficiunt. Etiam jure praetorio heiſt, auch bey dem prätoriſchen Teſtamente erfordere man zu dem Teſtamente des Kindes, ſo dem väterlichen gleich angehängt iſt, keine beſondere Feyerlichkeit. Der Praetor gebe bonorum poſſeſſionem ſecundam tabulas auch nach dem Teſtamente des Kindes, worin man ſich gründet, nachdem man es eröfnet hat, etſi reſignatae ſint filii, d. i. etſi reſignatae tabulae ſint tabulae filii, wenn ſich nur bey dem Teſtamente des Vaters 7 Unterſiegelungen finden. Wenn aber der Teſtirer zwiſchen ſeinem und des Kindes Teſtamente einen Zwiſchenraum der Zeit läſſet, ſo muß jedes der beyden Teſtamente ſeine eigene Feyerlichkeit haben.

Zweyter Abſatz.

Würkung derſelben.

§. 678. Beyde Teſtamente machen zwey, gewißer maſſen aber auch ein Teſtament. §. 679. Wiefern ſie Ein Teſtament ſind. §. 680. Fortſetzung. §. 681. Wenn des Vaters Teſtament ungültig iſt oder wird, fällt auch des Kindes Teſtament hinweg. Fall, da ſich der Erbe des Vaters losſagt, Aber wieder in integrum reſtituirt wird. §. 682. Wenn gleich das Kind von des Vaters Teſtament ſich losſagt, ſo bleibt dennoch das pupillariſche Teſtament. §. 683. Sie fällt hinweg, wenn der Subſtitut gegen des Vaters Teſtament bonorum poſſeſſionem annimmt. §. 684. Jngleichen wenn bey dem vorher gemachten väterlichen Teſtamente etwas verſehen worden. §. 685. Fälle, wo das Pupillar Teſtament gültig bleibt, wenn gleich des Vaters Teſtament umgeworffen wird. §. 686. Fortſetzung. §. 687. Die Subſtitution erfodert daß das Kind den Vater wirklich oder ficte überlebt. §. 687 b. Fall da der Vater und Sohn zugleich in der Kriegsgefangenſchaft geſtorben. §. 688. Wer vom Vater nicht erben kan, kann doch das Kind beerben ſo weit es deſſen Vermögen betrift. §. 689. Derjenige welcher

cher vom Kinde, als Poſtumus, nicht Teſtaments Erbe ſeyn konnte, konnte es doch ſeyn, weil der Vater ihn ſubſtituirt hatte. §. 690. Von dem einen Teſtamente kan der Erbe zur Strafe ausgeſchloſſen ſeyn und doch nicht vom andern. §. 691. Wenn der Subſtitut des Vaters Teſtament deſtituirt macht, kann er nicht, als Subſtitut, erben. §. 692. Ausnahme. §. 693. Des Kindes Vermögen bekommt der Erbe des erſten Teſtaments, der zugleich ſubſtituirt iſt, nur, wenn er im erſten Teſtamente würklich genannt iſt. §. 694. Vertheilung der Güter des Mündels unter die Subſtituten. §. 695. Ein Miterbe im erſten Teſtamente kann, wenn er auch ſeinem Antheile aus ſelbigem entſaget hat, dennoch, als Subſtitut, erben. §. 696. Es ſey denn die Subſtitution unter der Bedingung gegeben, daß der Subſtitut zugleich aus dem erſten Teſtamente erbe. §. 697. Wer durch die Inofficioſitäts Klage um die Erbſchaft des erſten Teſtaments gebracht worden, kann doch als Subſtitut erben, wenn er gleich unter der Bedingung, zugleich Erbe des erſten Teſtaments zu werden, ſubſtituirt iſt. §. 698. Eben das geſchieht, wenn er wegen eines geheimen Fideicommißes aus dem erſten Teſtamente nichts bekommt, oder wenn er eine Zeitlang in Knechtſchaft geweſen, und dadurch die Güter des erſten Teſtaments verlohren. §. 699. Wenn der Miterbe im erſten Teſtament, ohne die Güter dieſes Teſtaments anzunehmen, als Subſtitut erben will, muß der Pupill enterbt ſeyn. §. 700. Fall, einer bedingten Subſtitution. §. 701. Die Subſtitution gilt nicht ſo, daß ſie pro parte geſchähe und pro parte nicht. §. 702. Vertheilung unter die Subſtituten, wenn die Erben des erſten Teſtaments und zugleich andere ſubſtituirt ſind. §. 703. Zwang des Subſtituten zur Antretung der Erbſchaft nach dem zweiten Teſtamente oder beyden Teſtamenten bey vorhandenen Fideicommiße. §. 704. Beſondere Meynung des Scävola. §. 705. Von Ernennung eines dem Vater nur zum Theil gehörigen Knechts zum Subſtituten. §. 706. Von den bey der Subſtitution verordneten Legatis und deren Falcidia. §. 707. Vortheil oder Nachtheil der Legatarien, nachdem ſich das dem Subſtituten zugefallene Vermögen gemehrt oder gemindert hat. §. 708. Dem Subſtituten können Legata und Fideicommiſſe auferlegt werden. §. 709. Legata des erſten Teſtaments können im Pupillar Teſtamente wieder aufgehoben werden. §. 710. Die Subſtitution ſchließt des Kindes

Inte-

Inteſtaterben aus. §. 711. Der Subſtitut bekommt des Vaters und Kindes Vermögen und muß beides annehmen. §. 712. Subſtitutus Subſtituti iſt hier nicht Subſtitutus inſtituti. §. 713. Von Fortdauer der Subſtitution wenn der Pupill nach des Vaters Tode arrogirt wird. §. 714. Die Subſtitution zerfällt, wenn der Subſtitut vor dem Inſtituto, oder mit ihm zugleich ſtirbt. §. 715. Verbinbindung der Pupillar- und Vulgar Subſtitution. §. 716. Die Vulgar Subſtitution tritt hier gleich alsdenn ein, wenn der Sohn nicht Erbe des Vaters werden will. §. 717. Verbindung zweyer verſchiednen Subſtituten, eines Vulgar und eines Pupillar Subſtituti. §. 718. Die Vulgar Subſtitution iſt unter der pupillariſchen begriffen und umgekehrt. §. 719. Ob es eine ſtillſchweigende Vulgar Subſtitution gebe. §. 720. Fälle, wo unter der Vulgar Subſtitution die pupillariſche nicht begriffen. §. 721. Fortſetzung. §. 722. Fortſetzung die Vulgar Subſtitution begreift auch zum Nachtheil der Mutter die Vulgar Subſtitution und umgekehrt.

§. 678.

Es iſt auf ſolche Art dies Teſtament, wobey ſich eine Pupillar-Subſtitution findet, gewiſſermaſſen als ein einzig Teſtament anzuſehen, ob es gleich zwey Erbſchaften, zwey verſchiedener Erblaſſer und zweyerley Erben betrift, und alſo der Materie nach, und in gewiſſer anderer Abſicht ein doppeltes Teſtament iſt. §. 2. I. de pupill. ſubſt. Igitur in pupillari ſubſtitutione ſecundum praefatum modum ordinata duo quodam modo ſunt teſtamenta alterum patris, alterum filii, tamquam ſi ipſe filius ſibi heredem inſtituiſſet: aut certe vnum teſtamentum eſt duarum cauſarum, id eſt, duarum hereditatum.

§. 679. Beyſpiele der Einheit, auſſer denen, welche ſchon oben vorgekommen ſind, werden im Fortgange

Fal-

bey der Falcidia, und dem jure accreſcendi vorkommen. Sie zeigt ſich auch darin daß der, ſo heres neceſſarius im väterlichen Teſtamente iſt, auch als ein ſolcher in des Kindes Teſtamente anzuſehen. L. 3. §. 4. de hered. inſtit. Aperturae tabularum dilatio neceſſarii heredis jus non mutat: vt ſolemus in ſubſtituto impuberis dicere. Nam eſt relatum, ſi adrogandum ſe dederit ſubſtitutus impuberi defuncti filius, neceſſarium eum fore. Der Bruder des Mündels, ſo mit demſelben unter einerley väterlicher Gewalt ſteht, und demſelben pupillariſch ſubſtituirt worden, iſt deſſen Zwangerbe, ſo wie er es bey der Erbſchaft des Vaters iſt. Wenn er bey Abſterben des Vaters noch unter deſſen Gewalt war, ſo bleibt er ein heres neceſſarius, wenn er gleich nach der Zeit, vor Eröfnung des Teſtaments durch erlittene Arrogation in eine andere Familie gekommen, iſt hier blos auf die Zeit des Todes des Vaters zu ſehen. Die Erbrechte eines Sui hingen nicht von der Zeit der Eröfnung des Teſtaments ab. Das war nur bey heredibus voluntariis der Fall. Bey bedingter Erbeinſetzung giengen zwar die Rechte des Sui erſt von Zeit der würklich werdenden Bedingung an. Aber die Bedingung, wovon die Pupillar-Subſtitution abhieng, war als keine ſolche anzuſehen. Langebeck Ott Theſ. Tom. 1. p. 564.

§. 680. Den Satz, daß der, welcher des Vaters Zwangerbe iſt, auch bey der Pupillar-Subſtitution des Kindes Zwangerbe ſey, ingleichen daß der Teſtirer den ſubſtituiren könne, welcher von ihm poſtumus ſuus iſt, ob er gleich in Anſehung des Kindes als ein poſtumus alienus anzuſehen, welcher auf eben dieſer Einheit beruhet, und ſchon oben L. 2. §. 4. vorgekommen, lehrt noch L. 10. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Quos poſſum heredes mihi facere neceſſarios, poſſum et filio. Vt ſervum meum et fratrem ſuum, quamvis in rebus humanis

nondum ſit. Poſtumus igitur erit fratri heres neceſſarius.

§. 681. Daher, weil des Vaters Teſtament die Hauptſache iſt, woran des Kindes Teſtament nur gehängt wird, fließt auch der Satz, daß wenn des Vaters Teſtament hinfällig wird, auch des Kindes Teſtament zugleich zernichtet werde. Daher fällt des Kindes Teſtament hinweg, wenn der alleinige Erbe des väterlichen Teſtaments ſich von der Erbſchaft losſagt, und dadurch das erſte Teſtament deſtituirt wird. Wofern jedoch der ſchon abgegangene Erbe ſich in den vorigen Stand herſtellen läſſet, und die Erbſchaft wieder annimmt, ſo wacht auch die Subſtitution wieder auf L. 2. §. 3. de vulg. et pup. ſubſt. Ego, etiam ſi minor viginti quinque annis adeundae hereditatis cauſa fuerit reſtitutus, puto proficere ſecundis tabulis, vt praetor vtiles actiones decernat ſubſtituto. Die Subſtitution war durch die Losſagung des Erben im erſten Teſtamente ſchon erloſchen, daher giebt der Prätor dem Subſtituto nur vtiles actiones zur Erbſchaft.

§. 682. Bey dem Teſtamente, wo das Kind Erbe im erſten Teſtamente iſt, iſt es anders. Wenn ſich da das Kind von des Vaters Teſtamente losſagt, ſo bleibt doch die Pupillar-Subſtitution gültig. Sola exiſtentia ſui heredis tabulas pupillares firmat. Dies beweiſt beſonders L. 28. ff. de reb. autorit. jud. poſſid. Hier hatte das Kind ſich von des Vaters Vermögen, der Schulden wegen, losgeſagt. In der Folge hatte das Kind eine anderweite Erbſchaft gethan. Da des Vaters Vermögen zur Veräuſſerung gekommen, die Gläubiger aber noch nicht hinlänglich befriedigt worden; ſo entſtand die Frage, ob ſie ſich an dieſe neue Erbſchaft halten könnten.

Die

Die Antwort war Nein, weil eben das beneficium abſtinendi dieſen Vortheil dem Kinde gewähren ſollte, daß es der väterlichen Schulden los wurde. Nun hatte das Kind einen Pupillar-Subſtituten und es ſtarb in der Impubertät. Die Erbſchaft des Kindes fiel nun den Subſtituten zu. Hier war die Frage, ob nicht jezt der Subſtitut den väterlichen Gläubigern haftete. Es hieß: Ja, weil bey dieſem die Achtung, die man gegen das Kind hatte, nicht nothwendig zu gebrauchen war. Dieß lehrt, daß der Subſtitut, der Abſtinenz des Pupillen ohnerachtet, ſeine Rechte behielt. Weil der Pupill nach ſubtilem Rechte ſeines Vaters Erbe geworden, ob er gleich ſich losgeſagt hatte, ſo bekam der Subſtitut nach eben dieſer Subtilität gleichſam des Vaters und des Kindes Vermögen zuſammen, ob er gleich nicht jenes geſehen hatte, und die ſolchergeſtalt entſtandene Confuſion verpflichtete ihn auch zu den Schulden des Vaters aus dem Vermögen des Kindes. Wegen der Schulden waren übrigens die Rechtsgelehrten nicht einig, wovon L. 42. de acq. hered. zeugt. Von der Unrichtigkeit, die ſich bey dieſem L. 28. findet, ſehe man Herald. Obſervat. Otto Theſ. Tom. 2. p. 1342. ſq. Gaſt. bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 754. verſteht dieſe Stelle des Javolen vom Falle, da der Mündel ſchon Erbe geworden und ſich nur hernach wieder losgemacht. Julianus deutete L. 42. de acq. her. deſſen Meynung dahin, daß ſie auch ſtatt fände, wenn von Anfange der Pupill abſtiniret. Dieſes tadelte Marcell. und Ulpian. Aber die Anſicht des Geſetzes zeigt ſchon, daß die vorige Erklärung richtiger ſey. Daß, wenn der Pupill, dem ſubſtituirt worden, ſich von der väterlichen Erbſchaft losſagt, dies dem Subſtitut das Recht giebt, ſogleich die väterliche Erbſchaft anzunehmen, hernach aber auch pupillariter zu erben, ingleichen, daß der Pupillar-Subſtitut, der ein Suus des Teſtirers und von demſelben mit Enterbung des Pupillen allein ernannt iſt,

ſich der väterlichen Erbſchaft enthalten, und doch den Pupillen beerben könne, lehrt Cabot Diſputat. bey Meerm. Theſ. Tom. 4. p. 635. cf. L. 41. 42. de Acq. hered.

§. 683. Die Subſtitution fällt hinweg, wenn der Subſtitut gegen das erſte Teſtament bonorum poſſeſſionem annimmt L. 22. de vulg. et pup. ſubſt. Is, qui contra tabulas teſtamenti patris bonorum poſſeſſionem petierit, ſi fratri impuberi ſubſtitutus ſit, repellitur a ſubſtitutione. Es iſt die Regel, daß, wer ſelbſt die bonorum poſſeſſion gegen das Teſtament ſucht, und darin gewinnt, wenigſtens in Anſehung der Anhänge des Teſtaments, welche ihm zu Gute gemacht ſind, eine Ungültigkeit veranlaſſe.

§. 684. Auf gleiche Weiſe kann des Kindes Teſtament, ſo auch einige Zeit nach des Vaters Teſtamente gemacht wird, nicht beſtehen, wenn bey dieſem ein Fehler begangen worden L. 44. de vulg. et pup. ſubſt. Ex pupillari teſtamento ſuperius principale, neque ex parte, neque in totum confirmari poſſe, Maecianus ſcripſit. Cujacius meint, der Sinn ſey, daß des Kindes ſpäteres Teſtament das ältere Teſtament des Vaters nicht umwerffe, daher es nicht nöthig auch nicht thunlich ſey, das erſte ganz oder zum Theil dadurch eventualiter in ein Fideicommiß zu verwandeln, oder die Codicillar-Clauſel zu deſſen Beſten, dem Teſtamente des Kindes beyzufügen. Unſere Erklärung iſt aber nach den Worten natürlicher.

§. 685. Es ſind hier einige wenige Ausnahmen, wie ſolche auch bey den Legatis vorkommen, die in dergleichen Fällen ebenfalls erhalten bleiben. Der Fall der Inofficioſität des Teſtaments iſt einer, der hieher gehört. Der andere iſt, wenn das Kind, nicht dem Teſta-

ſtamente nach, ſondern als Inteſtat-Erbe den Vater beerben will. In ſolchen bleiben die Beſchwerungen des Teſtaments, und deſſen Anhänge folglich auch die pupillar-Subſtitution bey Kräften L. 2. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Quisquis autem impuberi teſtamentum facit, ſibi quoque debet facere. Caeterum ſoli filio non poterit, niſi forte miles ſit. Adeo autem niſi ſibi quoque fecerit, non valet, vt, niſi adita quoque patris hereditas ſit, pupillare teſtamentum evaneſcat. Plane ſi, omiſſa cauſa principalis teſtamenti, ab inteſtato poſſideatur hereditas: dicendum eſt, et pupillo ſubſtitutum ſervandum. Vt, niſi adita quoque etc. betrift den Fall, wo das Kind, wie ehemals angieng, enterbt, und eine andere Perſon zu Erben ernannt worden, weil der Adition erwähnt wird, die bey Kindern nicht vorkommt. Von dem Falle, da das Kind freywillig nicht Erbe wird, ſondern ſich von der Erbſchaft losſagt, wird auch hernach noch beſonders geredet.

§. 686. Noch ein Fall, wo des Vaters Teſtament umgeworffen wird, und doch des Kindes Teſtament beſteht, iſt ferner der Fall, wo gegen das erſtere von einem Sohne, der nicht der Subſtitut iſt, bonorum poſſeſſio geſucht worden. L. 34. §. 2. de vulg. et pup. ſubſt. Etiam ſi contra patris tabulas bonorum poſſeſſio petita ſit: ſubſtitutio tamen pupillaris valet; et legata omnibus praeſtanda ſunt, quae a ſubſtitutione data ſunt. Die bonorum poſſeſſio hat alſo andere Würkung bey den Legatis der Subſtitution und bey der Pupillar-Subſtitution ſelbſt, als bey der Inſtitution, vulgar Subſtitution und den Legatis des erſten Teſtaments. Inſtitution und vulgar Subſtitution wirft ſie ganz um, von Legatis des erſten Teſtaments bleiben nur einige. Ienſ. Strictur. p. irrt hier ſehr, indem er dieſe Stelle und die obige, L. 22. von eben demſelben Falle verſteht, da der

Subſtitut ſelbſt bonorum poſſeſ. contra tabb. ſucht. Lezter Stelle redet allerdings deutlich von ſolchem Falle. Unſere Stelle aber dergeſtalt, daß die Annehmung ſolcher b. p. deutlich von einem Dritten zum vorausgeſezt wird. Auch darin iſt er irrig, daß es gleichgültig, ob der, ſo b. p. ſucht, bey ſeiner Klage gewinne oder verliehre. Es iſt offenbar in den Geſetzen von dem Falle die Rede, wo die Sache gewonnen wird. Denn wenn ſie verlohren wird, iſt es ſo gut, als ob die Klage nicht erhoben wäre.

§. 687. Die Pupillar-Subſtitution ſezt den Fall voraus, daß das Kind den Vater überlebe, und denn in der Impubertät verſterbe. Wenn dieſer Fall ſich auch nicht würklich dergeſtalt zuträgt, jedoch es wegen der Fiction des Legis Corneliae anzuſehen, als wenn er ſich ereignet hätte, ſo iſt der Pupillar-Subſtitution dennoch nichts entgegen. L. 28. de vulg. et pup. ſubſt. Lex Cornelia, quae teſtamenta eorum, qui in hoſtium poteſtate deceſſerunt, confirmat, non ſolum ad hereditatem ipſorum, qui teſtamenta fecerunt, pertinet: ſed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum teſtamento pertinere potuiſſent, ſi in hoſtium poteſtatem non perveniſſent. Quapropter cum pater in hoſtium poteſtate deceſſit, filio impubere relicto in civitate, et is intra tempus pubertatis deceſſerit: hereditas ad ſubſtitutum pertinet, perinde ac ſi pater in hoſtium poteſtatem non perveniſſet. Sed ſi pater in civitate deceſſit, filius impubes apud hoſtes: ſi quidem mortuo patre filius in hoſtium poteſtatem pervenerit: non commode dicitur hereditatem ejus ex ea lege ad ſubſtitutos pertinere. Si vero vivo patre filius in hoſtium poteſtatem pervenerit, non exiſtimo, legi Corneliae locum eſſe: quia non efficitur per eam, vt is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat. Quare etiam ſi pubes filius vivo patre captus fuerit, dein-

deinde, mortuo in civitate patre, in hoſtium poteſtate deceſſerit: patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filii, ex Lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet Breuning ad Iulian. in L. 28. ff. de vulg. et pup. ſubſt. Wenn der Vater in die Kriegsgefangenſchaft gerieth, nach der Zeit das Kind in der Impubertät ſtarb, hinterher der Vater in der Gefangenſchaft, ſo war es als wenn der Vater vorher, und das Kind hernach, in der Impubertät geſtorben wäre. Wenn das Kind nach des Vaters Tode in die Gefangenſchaft geräth, und darin in der Impubertät ſtirbt, ſo iſt es, als wenn es ſogleich bey der Gefangennehmung geſtorben, und der Subſtitution iſt nichts im Wege. Iſt das Kind vor des Vaters Tode in die Gefangenſchaft gerathen, und der Vater iſt während dieſer Gefangenſchaft geſtorben, das Kind iſt hinterher ebenfalls in der Gefangenſchaft aus der Welt gegangen, ſo iſt es anzuſehen, als wenn es vor dem Vater geſtorben wäre. Alſo kann die Pupillar-Subſtitution nicht ſtatt finden. Iſt von keiner Subſtitution die Rede, ſondern davon, daß ein Sohn überhaupt bey ſeines Vaters Leben in die Gefangenſchaft gerathen, der Vater indeß vor ihm, und er, in der Gefangenſchaft, nach ihm geſtorben, ſo vererbt der Vater ſein Vermögen unmittelbar, nach den Geſetzen, auf die folgende Verwandte. Den Sohn beerbt, nach dem Lege Cornelia, hier Niemand, weil er als ein ſuus nichts hatte, und bey ſeinem fingirten Tode vor dem Vater, von deſſen Erbſchaft nichts erhielt. Wenn das Kind nach des Vaters Tode in der Impubertät in die Gefangenſchaft gerathen, und darin geſtorben, beſteht die Pupillar-Subſtitution eigentlich nicht. Das kommt daher, weil der L. Cornelia, nur von Perſonen redete, welche die Teſtamentsfaction hatten, und dergeſtalt, nachdem ſie teſtirt, in die Gefangenſchaft geriethen. Das fiel bei dem filio impubere, dem ſubſti-

tuirt worden, weg. L. 10. de capt. et poſtl. Inzwiſchen gab der Prätor dem Pupillar-Subſtituten actiones vtiles. In unſerer Stelle lieſt Cujacius ſtatt: non commode dicitur, beſſer non incommode dicitur, welches ſich zum Zuſammenhange beſſer ſchickt, und auf des Papiniani actiones vtiles in L. 10. de captiv. et poſtlim. zielt. Aber auch Non commode kann bleiben, weil, wie geſagt, eigentlich der Fall, unter den L Corneliam nicht gehörte. Wenn auch der in der Impubertät ſtehende Sohn ſtarb, als ſein in die Kriegsgefangenſchaft gerathener Vater in ſolcher ſein Leben endigte; ſo galt nach Cujacii Meynung doch die Pupillar-Subſtitution L. 11. de capt. et poſtl. Cujac. will in unſerer Stelle: Quare etiam ſi impubes geleſen haben. Aber der Zuſammenhang zeugt, daß hier von keinem Impubere mehr die Rede ſey. Man ſehe A. Fabri Conjectur. L. 3. c. 9. Wenn der Sohn enterbt worden, denn meint Faber, könne des in der Kriegsgefangenſchaft vor dem frey gebliebenen Sohne verſtorbenen Vaters Tod die Pupillar-Subſtitution nicht beſtätigen, ſondern nur wenn er eingeſezt worden L. 10. c. 4. Davon iſt aber der Grund nicht abzuſehen. Julians Meynung von dem Mündel der nach dem Teſtament und des Vaters Tode in die Gefangenſchaft gerathen, und darin vor der Pubertät geſtorben iſt, nach ihm, Scaevola L. 29. h. zuwider, Papinian hingegen L. 10. § 1. de capt. et poſtl. erwählt eine Mittelſtraſſe. Den Grund, welchen Julian in dieſem Falle angiebt, erläutert Faber l. c. cap. 8. Wenn der Sohn vor dem Vater in Freyheit ſtirbt, der Vater hinterher, in die Kriegsgefangenſchaft, worin er vor des Sohns, Tode gerathen iſt, ſo iſt A. Faber der Erklärung des Cujacii ad L. 11. de capt. et poſtl. zuwider, da dieſer meint, die Pupillar-Subſtitution habe nach dieſer Stelle keinen Zweifel, Faber aber den Papinian ſo verſteht, daß an die Pupillar-Subſtitution in dieſem Falle nicht zu denken

ken ſey. Fabers Erklärung iſt, nach den beygefügten Gründen des Papinian die richtigere Fabri. Conject. L. 3. c. 9. L. 10. c. 6. de Retes Opuſc. bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 306. verſteht L. 11. pr. de capt. et poſtl. ebenfalls ſo, daß die Pupillar-Subſtitution nicht gelte. Der beygefügte Grund des Juriſten iſt nach ihm von beyderley Meynungen hergenommen, da einige meinten, wenn der Vater in der Gefangenſchaft ſterbe, ſo könnte das Pupillar-Teſtament nicht gelten. L. pen. de lib. et poſt. andere aber das Gegentheil behaupteten. Non commode in L. 28. behält er bey und erklärt es durch audacter, ſo daß Scaev. und Papinian ſich nicht widerſprechen. Non alias quam in L. 11. §. 1. de capt. et poſtl. erklärt er durch perinde ac, und verſteht die Stelle vom Falle, da der Vater eher, und hernach das Kind, in die Gefangenſchaft gerathen cf. del Manz bey Meerm. Theſ. Tom. 7. p. 367. Des Cujacius Verbeſſerung: Quare etiam ſi filius impubes wird verworffen bey Iauch. de negation p. 177. 190. Rücker Interpretatt. L. 1. c. 4. erklärt L. 10. §. 1. de capt. et poſtl. folgendergeſtalt. In promptu eſt dicere, iſt ſo viel, als: licet negari nequeat. L. Corn. redete eigentlich nur von Perſonen, die ſich ſelbſt ein Teſtament gemacht hatten, und alſo dazu ſelbſt im Stande waren. Quoniam verum eſt etc. iſt nicht mit Cujac. in quamquam verum eſt zu verwandeln. Uebrigens bleibt der Sinn, als wenn quamquam geſezt würde. Es iſt ein Schluß von der Succeſſione legitima auf die teſtamentariam ex ſubſtitutione pupillari. Actiones vtiles haben hier ſtatt, weil die Worte des L. Corn. auf dieſen Fall nicht giengen, ſondern nur der Sinn deſſelben hieher gezogen wurde. (legis voluntatem). Dies lehrten auch die Worte. L. 28. de vulg. et pup. ſubſt. Non incommode dici.

Inteſtaterben aus. §. 711. Der Subſtitut bekommt des Vaters und Kindes Vermögen und muß beides annehmen. §. 712. Subſtitutus Subſtituti iſt hier nicht Subſtitutus inſtituti. §. 713. Von Fortdauer der Subſtitution wenn der Pupill nach des Vaters Tode arrogirt wird. §. 714. Die Subſtitution zerfällt, wenn der Subſtitut vor dem Inſtituto, oder mit ihm zugleich ſtirbt. §. 715. Verbin=bindung der Pupillar= und Vulgar Subſtitution. §. 716. Die Vulgar Subſtitution tritt hier gleich alsdenn ein, wenn der Sohn nicht Erbe des Vaters werden will. §. 717. Verbindung zweyer verſchiednen Subſtituten, eines Vulgar und eines Pupillar Subſtituti. §. 718. Die Vulgar Subſtitution iſt unter der pupillariſchen begriffen und umgekehrt. §. 719. Ob es eine ſtillſchweigende Vulgar Subſtitution gebe. §. 720. Fälle, wo unter der Vulgar Subſtitution die pupillariſche nicht begriffen. §. 721. Fortſetzung. §. 722. Fortſetzung die Vulgar Subſtitution begreift auch zum Nachtheil der Mutter die Vulgar Subſtitution und umgekehrt.

§. 678.

Es iſt auf ſolche Art dies Teſtament, wobey ſich eine Pupillar=Subſtitution findet, gewiſſermaſſen als ein einzig Teſtament anzuſehen, ob es gleich zwey Erbſchaften, zwey verſchiedener Erblaſſer und zweyerley Erben betrift, und alſo der Materie nach, und in gewiſſer anderer Abſicht ein doppeltes Teſtament iſt. §. 2. I. de pupill. ſubſt. Igitur in pupillari ſubſtitutione ſecundum praefatum modum ordinata duo quodam modo ſunt teſtamenta alterum patris, alterum filii, tamquam ſi ipſe filius ſibi heredem inſtituiſſet: aut certe vnum teſtamentum eſt duarum cauſarum, id eſt, duarum hereditatum.

§. 679. Beyſpiele der Einheit, auſſer denen, welche ſchon oben vorgekommen ſind, werden im Fortgange

Fal-

bey der Falcidia, und dem jure accreſcendi vorkommen. Sie zeigt ſich auch darin daß der, ſo heres neceſſarius im väterlichen Teſtamente iſt, auch als ein ſolcher in des Kindes Teſtamente anzuſehen. L. 3. §. 4. de hered. inſtit. Aperturae tabularum dilatio neceſſarii heredis jus non mutat: vt ſolemus in ſubſtituto impuberis dicere. Nam eſt relatum, ſi adrogandum ſe dederit ſubſtitutus impuberi defuncti filius, neceſſarium eum fore. Der Bruder des Mündels, ſo mit demſelben unter einerley väterlicher Gewalt ſteht, und demſelben pupillariſch ſubſtituirt worden, iſt deſſen Zwangerbe, ſo wie er es bey der Erbſchaft des Vaters iſt. Wenn er bey Abſterben des Vaters noch unter deſſen Gewalt war, ſo bleibt er ein heres neceſſarius, wenn er gleich nach der Zeit, vor Eröfnung des Teſtaments durch erlittene Arrogation in eine andere Familie gekommen, iſt hier blos auf die Zeit des Todes des Vaters zu ſehen. Die Erbrechte eines Sui hingen nicht von der Zeit der Eröfnung des Teſtaments ab. Das war nur bey heredibus voluntariis der Fall. Bey bedingter Erbeinſetzung giengen zwar die Rechte des Sui erſt von Zeit der würklich werdenden Bedingung an. Aber die Bedingung, wovon die Pupillar-Subſtitution abhieng, war als keine ſolche anzuſehen. Langebeck Ott Theſ. Tom. 1. p. 564.

§. 680. Den Satz, daß der, welcher des Vaters Zwangerbe iſt, auch bey der Pupillar-Subſtitution des Kindes Zwangerbe ſey, ingleichen daß der Teſtirer den ſubſtituiren könne, welcher von ihm poſtumus ſuus iſt, ob er gleich in Anſehung des Kindes als ein poſtumus alienus anzuſehen, welcher auf eben dieſer Einheit beruhet, und ſchon oben L. 2. §. 4. vorgekommen, lehrt noch L. 10. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Quos poſſum heredes mihi facere neceſſarios, poſſum et filio. Vt ſervum meum et fratrem ſuum, quamvis in rebus humanis

nondum ſit. Poſtumus igitur erit fratri heres neceſſarius.

§. 681. Daher, weil des Vaters Teſtament die Hauptſache iſt, woran des Kindes Teſtament nur gehängt wird, fließt auch der Satz, daß wenn des Vaters Teſtament hinfällig wird, auch des Kindes Teſtament zugleich zernichtet werde. Daher fällt des Kindes Teſtament hinweg, wenn der alleinige Erbe des väterlichen Teſtaments ſich von der Erbſchaft losſagt, und dadurch das erſte Teſtament deſtituirt wird. Wofern jedoch der ſchon abgegangene Erbe ſich in den vorigen Stand herſtellen läſſet, und die Erbſchaft wieder annimmt, ſo wacht auch die Subſtitution wieder auf L. 2. §. 3. de vulg. et pup. ſubſt. Ego, etiam ſi minor viginti quinque annis adeundae hereditatis cauſa fuerit reſtitutus, puto proficere ſecundis tabulis, vt praetor vtiles actiones decernat ſubſtituto. Die Subſtitution war durch die Losſagung des Erben im erſten Teſtamente ſchon erloſchen, daher giebt der Prätor dem Subſtituto nur vtiles actiones zur Erbſchaft.

§. 682. Bey dem Teſtamente, wo das Kind Erbe im erſten Teſtamente iſt, iſt es anders. Wenn ſich da das Kind von des Vaters Teſtamente losſagt, ſo bleibt doch die Pupillar-Subſtitution gültig. Sola exiſtentia ſui heredis tabulas pupillares firmat. Dies beweiſt beſonders L. 28. ff. de reb. autorit. jud. poſſid. Hier hatte das Kind ſich von des Vaters Vermögen, der Schulden wegen, losgeſagt. In der Folge hatte das Kind eine anderweite Erbſchaft gethan. Da des Vaters Vermögen zur Veräuſſerung gekommen, die Gläubiger aber noch nicht hinlänglich befriedigt worden; ſo entſtand die Frage, ob ſie ſich an dieſe neue Erbſchaft halten könnten.

Die Antwort war Nein, weil eben das beneficium abſtinendi dieſen Vortheil dem Kinde gewähren ſollte, daß es der väterlichen Schulden los wurde. Nun hatte das Kind einen Pupillar-Subſtituten und es ſtarb in der Impubertät. Die Erbſchaft des Kindes fiel nun den Subſtituten zu. Hier war die Frage, ob nicht jezt der Subſtitut den väterlichen Gläubigern haftete. Es hieß: Ja, weil bey dieſem die Achtung, die man gegen das Kind hatte, nicht nothwendig zu gebrauchen war. Dieß lehrt, daß der Subſtitut, der Abſtinenz des Pupillen ohnerachtet, ſeine Rechte behielt. Weil der Pupill nach ſubtilem Rechte ſeines Vaters Erbe geworden, ob er gleich ſich losgeſagt hatte, ſo bekam der Subſtitut nach eben dieſer Subtilität gleichſam des Vaters und des Kindes Vermögen zuſammen, ob er gleich nicht jenes geſehen hatte, und die ſolchergeſtalt entſtandene Confuſion verpflichtete ihn auch zu den Schulden des Vaters aus dem Vermögen des Kindes. Wegen der Schulden waren übrigens die Rechtsgelehrten nicht einig, wovon L. 42. de acq. hered. zeugt. Von der Unrichtigkeit, die ſich bey dieſem L. 28. findet, ſehe man Herald. Obſervat. Otto Theſ. Tom. 2. p. 1342. ſq. Gaſt. bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 754. verſteht dieſe Stelle des Javolen vom Falle, da der Mündel ſchon Erbe geworden und ſich nur hernach wieder losgemacht. Julianus deutete L. 42. de acq. her. deſſen Meynung dahin, daß ſie auch ſtatt fände, wenn von Anfange der Pupill abſtiniret. Dieſes tadelte Marcell. und Ulpian. Aber die Anſicht des Geſetzes zeigt ſchon, daß die vorige Erklärung richtiger ſey. Daß, wenn der Pupill, dem ſubſtituirt worden, ſich von der väterlichen Erbſchaft losſagt, dies dem Subſtitut das Recht giebt, ſogleich die väterliche Erbſchaft anzunehmen, hernach aber auch pupillariter zu erben, ingleichen, daß der Pupillar-Subſtitut, der ein Suus des Teſtirers und von demſelben mit Enterbung des Pupillen allein ernannt iſt,

ſich der väterlichen Erbſchaft enthalten, und doch den Pupillen beerben könne, lehrt Cabot Diſputat. bey Meerm. Theſ. Tom. 4. p. 635. cf. L. 41. 42. de Acq. hered.

§. 683. Die Subſtitution fällt hinweg, wenn der Subſtitut gegen das erſte Teſtament bonorum poſſeſſionem annimmt L. 22. de vulg. et pup. ſubſt. Is, qui contra tabulas teſtamenti patris bonorum poſſeſſionem petierit, ſi fratri impuberi ſubſtitutus ſit, repellitur a ſubſtitutione. Es iſt die Regel, daß, wer ſelbſt die bonorum poſſeſſion gegen das Teſtament ſucht, und darin gewinnt, wenigſtens in Anſehung der Anhänge des Teſtaments, welche ihm zu Gute gemacht ſind, eine Ungültigkeit veranlaſſe.

§. 684. Auf gleiche Weiſe kann des Kindes Teſtament, ſo auch einige Zeit nach des Vaters Teſtamente gemacht wird, nicht beſtehen, wenn bey dieſem ein Fehler begangen worden L. 44. de vulg. et pup. ſubſt. Ex pupillari teſtamento ſuperius principale, neque ex parte, neque in totum confirmari poſſe, Maecianus ſcripſit. Cujacius meint, der Sinn ſey, daß des Kindes ſpäteres Teſtament das ältere Teſtament des Vaters nicht umwerffe, daher es nicht nöthig auch nicht thunlich ſey, das erſte ganz oder zum Theil dadurch eventualiter in ein Fideicommiß zu verwandeln, oder die Codicillar-Clauſel zu deſſen Beſten, dem Teſtamente des Kindes beyzufügen. Unſere Erklärung iſt aber nach den Worten natürlicher.

§. 685. Es ſind hier einige wenige Ausnahmen, wie ſolche auch bey den Legatis vorkommen, die in dergleichen Fällen ebenfalls erhalten bleiben. Der Fall der Inofficioſität des Teſtaments iſt einer, der hieher gehört. Der andere iſt, wenn das Kind, nicht dem Te-

ſtamente nach, ſondern als Inteſtat-Erbe den Vater beerben will. In ſolchen bleiben die Beſchwerungen des Teſtaments, und deſſen Anhänge folglich auch die pupillar-Subſtitution bey Kräften L. 2. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Quisquis autem impuberi teſtamentum facit, ſibi quoque debet facere. Caeterum ſoli filio non poterit, niſi forte miles ſit. Adeo autem niſi ſibi quoque fecerit, non valet, vt, niſi adita quoque patris hereditas ſit, pupillare teſtamentum evaneſcat. Plane ſi, omiſſa cauſa principalis teſtamenti, ab inteſtato poſſideatur hereditas: dicendum eſt, et pupillo ſubſtitutum ſervandum. Vt, niſi adita quoque etc. betrift den Fall, wo das Kind, wie ehemals angieng, enterbt, und eine andere Perſon zu Erben ernannt worden, weil der Adition erwähnt wird, die bey Kindern nicht vorkommt. Von dem Falle, da das Kind freywillig nicht Erbe wird, ſondern ſich von der Erbſchaft losſagt, wird auch hernach noch beſonders geredet.

§. 686. Noch ein Fall, wo des Vaters Teſtament umgeworffen wird, und doch des Kindes Teſtament beſteht, iſt ferner der Fall, wo gegen das erſtere von einem Sohne, der nicht der Subſtitut iſt, bonorum poſſeſſio geſucht worden. L. 34. §. 2. de vulg. et pup. ſubſt. Etiam ſi contra patris tabulas bonorum poſſeſſio petita ſit: ſubſtitutio tamen pupillaris valet; et legata omnibus praeſtanda ſunt, quae a ſubſtitutione data ſunt. Die bonorum poſſeſſio hat alſo andere Würkung bey den Legatis der Subſtitution und bey der Pupillar-Subſtitution ſelbſt, als bey der Inſtitution, vulgar Subſtitution und den Legatis des erſten Teſtaments. Inſtitution und vulgar Subſtitution wirft ſie ganz um, von Legatis des erſten Teſtaments bleiben nur einige. Ienſ. Strictur. p. irrt hier ſehr, indem er dieſe Stelle und die obige, L. 22. von eben demſelben Falle verſteht, da der

Subſtitut ſelbſt bonorum poſſeſ. contra tabb. ſucht. Leztere Stelle redet allerdings deutlich von ſolchem Falle. Unſere Stelle aber dergeſtalt, daß die Annehmung ſolcher b. p. deutlich von einem Dritten zum vorausgeſezt wird. Auch darin iſt er irrig, daß es gleichgültig, ob der, ſo b. p. ſucht, bey ſeiner Klage gewinne oder verliehre. Es iſt offenbar in den Geſetzen von dem Falle die Rede, wo die Sache gewonnen wird. Denn wenn ſie verlohren wird, iſt es ſo gut, als ob die Klage nicht erhoben wäre.

§. 687. Die Pupillar-Subſtitution ſezt den Fall voraus, daß das Kind den Vater überlebe, und denn in der Impubertät verſterbe. Wenn dieſer Fall ſich auch nicht würklich dergeſtalt zuträgt, jedoch es wegen der Fiction des Legis Corneliae anzuſehen, als wenn er ſich ereignet hätte, ſo iſt der Pupillar-Subſtitution dennoch nichts entgegen. L. 28. de vulg. et pup. ſubſt. Lex Cornelia, quae teſtamenta eorum, qui in hoſtium poteſtate deceſſerunt, confirmat, non ſolum ad hereditatem ipſorum, qui teſtamenta fecerunt, pertinet: ſed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum teſtamento pertinere potuiſſent, ſi in hoſtium poteſtatem non perveniſſent. Quapropter cum pater in hoſtium poteſtate deceſſit, filio impubere relicto in civitate, et is intra tempus pubertatis deceſſerit: hereditas ad ſubſtitutum pertinet, perinde ac ſi pater in hoſtium poteſtatem non perveniſſet. Sed ſi pater in civitate deceſſit, filius impubes apud hoſtes: ſi quidem mortuo patre filius in hoſtium poteſtatem pervenerit: non commode dicitur hereditatem ejus ex ea lege ad ſubſtitutos pertinere. Si vero vivo patre filius in hoſtium poteſtatem pervenerit, non exiſtimo, legi Corneliae locum eſſe: quia non efficitur per eam, vt is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat. Quare etiam ſi pubes filius vivo patre captus fuerit, dein-

deinde, mortuo in civitate patre, in hoſtium poteſtate deceſſerit: patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filii, ex Lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet Breuning ad Iulian. in L. 28. ff. de vulg. et pup. ſubſt. Wenn der Vater in die Kriegsgefangenſchaft gerieth, nach der Zeit das Kind in der Impubertät ſtarb, hinterher der Vater in der Gefangenſchaft, ſo war es als wenn der Vater vorher, und das Kind hernach, in der Impubertät geſtorben wäre. Wenn das Kind nach des Vaters Tode in die Gefangenſchaft geräth, und darin in der Impubertät ſtirbt, ſo iſt es, als wenn es ſogleich bey der Gefangennehmung geſtorben, und der Subſtitution iſt nichts im Wege. Iſt das Kind vor des Vaters Tode in die Gefangenſchaft gerathen, und der Vater iſt während dieſer Gefangenſchaft geſtorben, das Kind iſt hinterher ebenfalls in der Gefangenſchaft aus der Welt gegangen, ſo iſt es anzuſehen, als wenn es vor dem Vater geſtorben wäre. Alſo kann die Pupillar-Subſtitution nicht ſtatt finden. Iſt von keiner Subſtitution die Rede, ſondern davon, daß ein Sohn überhaupt bey ſeines Vaters Leben in die Gefangenſchaft gerathen, der Vater indeß vor ihm, und er, in der Gefangenſchaft, nach ihm geſtorben, ſo vererbt der Vater ſein Vermögen unmittelbar, nach den Geſetzen, auf die folgende Verwandte. Den Sohn beerbt, nach dem Lege Cornelia, hier Niemand, weil er als ein ſuus nichts hatte, und bey ſeinem fingirten Tode vor dem Vater, von deſſen Erbſchaft nichts erhielt. Wenn das Kind nach des Vaters Tode in der Impubertät in die Gefangenſchaft gerathen, und darin geſtorben, beſteht die Pupillar-Subſtitution eigentlich nicht. Das kommt daher, weil der L. Cornelia, nur von Perſonen redete, welche die Teſtamentsfaction hatten, und dergeſtalt, nachdem ſie teſtirt, in die Gefangenſchaft geriethen. Das fiel bei dem filio impubere, dem ſubſti-

tuirt worden, weg. L. 10. de capt. et poſtl. Inzwiſchen gab der Prätor dem Pupillar-Subſtituten actiones vtiles. In unſerer Stelle lieſt Cujacius ſtatt: non commode dicitur, beſſer non incommode dicitur, welches ſich zum Zuſammenhange beſſer ſchickt, und auf des Papiniani actiones vtiles in L. 10. de captiv. et poſtlim. zielt. Aber auch Non commode kann bleiben, weil, wie geſagt, eigentlich der Fall, unter den L Corneliam nicht gehörte. Wenn auch der in der Impubertät ſtehende Sohn ſtarb, als ſein in die Kriegsgefangenſchaft gerathener Vater in ſolcher ſein Leben endigte; ſo galt nach Cujacii Meynung doch die Pupillar-Subſtitution L. 11. de capt. et poſtl. Cujac. will in unſerer Stelle: Quare etiam ſi impubes geleſen haben. Aber der Zuſammenhang zeugt, daß hier von keinem Impubere mehr die Rede ſey. Man ſehe A. Fabri Conjectur. L. 3. c. 9. Wenn der Sohn enterbt worden, denn meint Faber, könne des in der Kriegsgefangenſchaft vor dem frey gebliebenen Sohne verſtorbenen Vaters Tod die Pupillar-Subſtitution nicht beſtätigen, ſondern nur wenn er eingeſezt worden L. 10. c. 4. Davon iſt aber der Grund nicht abzuſehen. Julians Meynung von dem Mündel der nach dem Teſtament und des Vaters Tode in die Gefangenſchaft gerathen, und darin vor der Pubertät geſtorben iſt, nach ihm, Scaevola L. 29. h. zuwider, Papinian hingegen L. 10. § 1. de capt. et poſtl. erwählt eine Mittelſtraſſe. Den Grund, welchen Julian in dieſem Falle angiebt, erläutert Faber l. c. cap. 8. Wenn der Sohn vor dem Vater in Freyheit ſtirbt, der Vater hinterher, in die Kriegsgefangenſchaft, worin er vor des Sohns, Tode gerathen iſt, ſo iſt A. Faber der Erklärung des Cujacii ad L. 11. de capt. et poſtl. zuwider, da dieſer meint, die Pupillar-Subſtitution habe nach dieſer Stelle keinen Zweifel, Faber aber den Papinian ſo verſteht, daß an die Pupillar-Subſtitution in dieſem Falle nicht zu denken

ken ſey. Fabers Erklärung iſt, nach den beygefügten Gründen des Papinian die richtigere Fabri. Conject. L. 3. c. 9. l. 10. c. 6. de Retes Opuſc. bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 306. verſteht L. 11. pr. de capt. et poſtl. ebenfalls ſo, daß die Pupillar-Subſtitution nicht gelte. Der beygefügte Grund des Juriſten iſt nach ihm von beyderley Meynungen hergenommen, da einige meinten, wenn der Vater in der Gefangenſchaft ſterbe, ſo könnte das Pupillar-Teſtament nicht gelten. L. pen. de lib. et poſt. andere aber das Gegentheil behaupteten. Non commode in L. 28. behält er bey und erklärt es durch audacter, ſo daß Scaev. und Papinian ſich nicht widerſprechen. Non alias quam in L. 11. §. 1. de capt. et poſtl. erklärt er durch perinde ac, und verſteht die Stelle vom Falle, da der Vater eher, und hernach das Kind, in die Gefangenſchaft gerathen cf. del Manz bey Meerm. Theſ. Tom. 7. p. 367. Des Cujacius Verbeſſerung: Quare etiam ſi filius impubes wird verworffen bey Iauch. de negation p. 177. 190. Rücker Interpretatt. L. 1. c. 4. erklärt L. 10. §. 1. de capt. et poſtl. folgendergeſtalt. In promptu eſt dicere, iſt ſo viel, als: licet negari nequeat. L. Corn. redete eigentlich nur von Perſonen, die ſich ſelbſt ein Teſtament gemacht hatten, und alſo dazu ſelbſt im Stande waren. Quoniam verum eſt etc. iſt nicht mit Cujac. in quamquam verum eſt zu verwandeln. Uebrigens bleibt der Sinn, als wenn quamquam geſezt würde. Es iſt ein Schluß von der Succeſſione legitima auf die teſtamentariam ex ſubſtitutione pupillari. Actiones vtiles haben hier ſtatt, weil die Worte des L. Corn. auf dieſen Fall nicht giengen, ſondern nur der Sinn deſſelben hieher gezogen wurde. (legis voluntatem). Dies lehrten auch die Worte. L. 28. de vulg. et pup. ſubſt. Non incommode dici.

§. 687 b. Wenn Vater und Sohn in Gefangenſchaft gerathen und darin verſterben, ſo fällt die Subſtitution weg, weil der Sohn dem Vater nicht überlebt hat. Wenn aber der Sohn aus der Gefangenſchaft zurückkehrt, der Vater hingegen darin bleibt und ſtirbt, ſo iſt der Vater vor dem Sohne geſtorben, und dieſer bekommt nun ſeinen Pupillar-Erben, ſo wie wenn der Vater vorher in der Freyheit geſtorben, und der Gefangen geweſene Sohn hernach ebenfalls zur Freyheit gekommen wäre. L. 29. de vulg. et pup. ſubſt. Si pater captus ab hoſtibus, mox filius, et ibi ambo decedant: quamvis prior pater decedat: lex Cornelia ad pupilli ſubſtitutionem non pertinebit, niſi reverſus in civitate impubes decedat. Quoniam et ſi ambo in civitate deceſſiſſent, veniret ſubſtitutus. Cujacius will hier, ſtatt: quoniam lieber: quamquam leſen. Die Veränderung iſt aber nicht nöthig. Die Worte: niſi reverſus in civitate impubes decedat hält A. Faber Conject. L. 10. c. 7. für unächt, weil ſie dem Falle widerſprechen, wovon die Rede iſt. Denn muß aber auch Quoniam etc. wegfallen. Papinian redet L. 11. §. 1. de capt. et poſtl. von eben dieſem Falle, entſcheidet ihn aber anders, wie Scaevola, wie einige glauben. Die Worte: non alias, quam ſi apud hoſtes patre defuncto poſtea filius in civitate deceſſiſſet: heiſſen alsdenn nicht: tantum, ſi apud hoſtes etc. ſondern: eodem modo, ac ſi apud hoſtes. Jedoch hält A. Faber l. c. das non pertinebit in unſerm L. 29. für unächt und lieſt: pertinebit, worauf er das quoniam etc. gleich folgen läſt, welches denn ſehr gut paßt. Es iſt aber ſchwer auszumachen, ob L. 11. §. 1. de capt. et poſtl. die Worte: non alias quam den Sinn haben, daß ſie eodem modo, ac ſi ausdrücken. In unſerer Stelle kann man ſich dieſer Bedeutung nicht nähern, als durch Veränderungen des Textes, wozu es an Autorität ermangelt. Alſo läßt man dieſen lieber unver-

verändert und erklärt beſſer, das non alias quam, durch tantum Forner. Rer. quotidian. L. 4. Otto Theſ. Tom. 2. p. 247. behält L. 29. in allem die gemeine Lesart bey und meint Papinian habe in den Worten: non alias, quam etc. dem Scaevola beygeſtimmt. Man ſehe Wieling. Lect. jur. civ. L. 1. c. 22. 23. Iauch de negation. p. 304. lieſt: ad pupilli ſubſtitutionem pertinet, ac ſi reverſus etc. Daß non pertinet, niſi geleſen werde, komme ſchon von den Verfaſſern der Pandecten her, welche in L. 11. §. 1. de capt. et poſtl. Papinian in den Worten: non alias quam ſi verſtanden hätten, als wenn er geſagt: non niſi, Scaevolae Worte aber verändert, um ihn mit Papinian zu vereinigen. Dieſe hätten aus gleicher Vereinigungs-Abſicht L. 10. de vulg. et pup. ſubſt. non commode dicitur geſezt, da es vorher non incommode geheiſſen habe. Rücker Interpret. L. 1. c. 3. behält non pertinet, niſi und erklärt die Entſcheidung folgendergeſtalt. Wenn der Sohn auch nach dem Vater in die Gefangenſchaft gerathen, und der Vater vor dem Sohn, der in der Gefangenſchaft ſtirbt, ebenfalls darin verſtorben; ſo kann die Pupillar-Subſtitution nicht beſtehen, da der Sohn unter ſolchen Umſtänden, tamquam dubitas de ſtatu a ſuo, vor ſeiner Gefangenſchaft ſich kein Teſtament hätte machen können. Nur denn gilt die Pupillar-Subſtitution, wenn, die Impubertät abgerechnet, der Sohn zu lezterem im Stande geweſen. Der Status pupilli war bey ſeiner Gefangenſchaft hier dubius, weil es damals noch immer darauf ankam, ob der Vater würde in der Gefangenſchaft verſterben oder nicht. L. 12. §. 1. L. 22. §. 2. de capt. et poſtl. L. 14. 15. qui teſt. fac. poſſ. Niſi etc. enthält nach ihm eine conciſe Einſchaltung eines entgegen ſtehenden andern Falles. Quoniam etc. iſt ein Grund der blos auf den Fall niſi etc. ſeine Rückſicht hat. Dem erſten Falle und deſſen Entſcheidung ſind nicht zuwider L. pen. de ſuis et

legit.

legit. hered. L. 9. de caſtr. pec. und L. 12. §. 1. de capt. et poſtl. Denn dieſe reden von des Pupillen-Inteſtaterben. Die Entſcheidung beſtärkt auch wie er lehrt L. 11. §. 1. de capt. et poſtl. Wenn vor pertinebit das non ausgeſtrichen wird, ſo paßen die Worte: quamvis prior pater decedat nicht. In L 11. § 1. muß wie er ſagt, non alias, quam ſi etc. allerdings, durch: non niſi erklärt werden.

§. 688. Zur Subſtitution kann der Teſtirer auch ſolche Perſonen ausſuchen, welchen er ſelbſt ſein Vermögen nicht, oder wenigſtens es nicht ganz zuwenden könnte. Des Kindes Vermögen bekommt in ſolchem Falle der Subſtitut ohne Einſchränkung. Nur von des Vaters Vermögen erhält er blos das, was die Geſetze dem Teſtirer ihm zu verlaſſen geſtatten. L. 6. de vulg. et pup. ſubſt. Si is, qui ex bonis teſtatoris ſolidum capere non poſſit, ſubſtitutus ſit ab eo impuberi filio ejus: ſolidum ex ea cauſa capiet, quaſi a pupillo capiat. Sed hoc ita interpretari Iulianus noſter videtur, vt ex bonis, quae teſtatoris fuerant, amplius capere non poſſit. Quod ſi pupillo aliquid praeterea acquiſitum eſſet, aut ſi exheredato eſſet ſubſtitutus: non impediri eum capere, quaſi a pupillo capiat Der lex Iulia, wohin dieſe Stelle gehörte geſtattete den Ehegatten nicht mehr, als einen oder einige Zehnthen des Vermögens, nach Verſchiedenheit der Umſtände zu verlaſſen. Dem Kinde konnte jedoch die Frau in ſolidum ſubſtituirt werden. cf. del Manzano Meerm. Theſ. Tom. 7. p. 347. Ein aus Blutſchande erzeugtes Kind kann von ſeinem Vater nichts vermacht erhalten. Es hindert aber nach dieſen Grundſätzen nicht, daß es dem ehlichen rechtmäſigen Kinde des Teſtirers ſubſtituirt werde, und des Kindes Vermögen bekomme, ob es gleich von des Vaters Vermögen nichts behalten darf.

§. 689.

§. 689. Daß der Teſtirer einen poſtumum zu Erben ernennen konnte, der in Anſehung ſeiner allemal ein poſtumus alienus ſeyn muſte, ohnerachtet ein ſolcher zur Zeit der Pandecten von dem Kinde ſelbſt nicht hätte ernennet werden können, iſt ſchon oben bey L. 2. §. 4. de vulg. et pup. ſubſt. da geweſen, wird aber noch beſtärkt durch L. 17. eod. Subſtitui liberis is etiam poteſt, qui poſt mortem ejus natus fuerit, cui ſubſtitutus heres fuerit. Nemlich jure praetorio galt auch Inſtitutio poſtumi alieni wenn gleich nicht jure civili Altamiran. Meerm. Theſ. Tom. 2. p. 455. Ienſ. Strictur p. 191. meint, hier könne auch ein poſtumus, von einer jeden Frau erzeugt, erben, wenn er nur noch vor der Zeit, da das Kind die Pubertät noch nicht würde erreicht haben, concipirt werde, ob er gleich nach deſſen Tode erſt concipirt ſey.

§. 690. Derjenige, welcher in des Vaters Teſtamente benannt und zugleich dem Kinde ſubſtituirt iſt, kann zur Zeit des Todes des Vaters von deſſen Vermögen zur Strafe aus Urſachen ausgeſchloſſen werden, welche bey dem Tode des Kindes weggefallen, oder umgekehrt bey dieſem von ſeinem Nachlaſſe ausgeſchloſſen werden, welche zur Zeit des Todes des Vaters ſich noch nicht fanden L. 11. de vulg. et pup. ſubſt. Si is, qui heres inſtitutus eſt, filio ſubſtitutus ſit: nihil oberit ei in ſubſtitutione, ſi tunc capere poſſit, cum filius deceſſit. Contra quoque poteſt poenas in teſtamento pupilli pati, licet in patris paſſus non ſit. Die Ausſchließung von des Vaters Erbſchaft hindert in ſolchem Falle nicht an der Subſtitution und die Zulaſſung zu jener berechtigt nicht in der Folge zur Subſtitution, deren der Erbe nun unfähig geworden. Das Geſetz redet von den Strafen des Caelibats nach dem L. Iulia et Pap. Popp.

§. 691.

§. 691. Wenn derjenige dem Kinde zu Erben ernannt wird, welcher auch in des Vaters Teſtamente zum alleinigen oder Miterben ernannt iſt, ſo veranlaßt dieſe Subſtitution verſchiedene beſondere Fragen. Wofern der, ſo alleiniger Erbe in des Vaters Teſtament war, zugleich dem Pupillen ſubſtituirt worden, ſo verſteht ſich, daß die Subſtitution ungültig wurde, ſo bald er die Erbſchaft des Vaters nicht annahm. Alsdenn entſtand nemlich ein deſtituirtes Teſtament und dieſe Ungültigkeit des väterlichen Teſtaments zog die Nichtigkeit der Subſtitution nach ſich L. 10. §. 4. de vulg. et pup. ſubſt. Si ex aſſe heres inſtitutus, filio exheredato ſubſtitutus, repudiaverit patris hereditatem: cum non haberet ſubſtitutum: non poterit filii adire. Nec enim valet filii teſtamentum, niſi patris fuerit adita hereditas. Nec enim ſufficit ad ſecundarum tabularum vim, ſic eſſe factum teſtamentum, vt ex eo adiri hereditas poſſit.

§. 692. Eine Ausnahme iſt bey einem Sohne der unter des Teſtirers Gewalt ſteht. Wenn dieſer im Teſtament des Vaters zum Univerſal-Erben ernannt, der Mündel aber enterbt, zugleich der Erbe des erſten Teſtaments dem Mündel ſubſtituirt war; ſo konnte er ſich von der Erbſchaft des Vaters losſagen, und doch des Kindes Erbe nach dem zweyten Teſtamente werden. Die Abſtinenz bey des Vaters Erbſchaft machte die Subſtitution nicht ungültig. Sola exiſtentia ſui heredis tabulas pupillares firmat, hieß es, wenn gleich der heres ſuus die Erbſchaft nicht würklich annimmt. Der Sohn war überdem des Mündels Bruder. Er konnte dieſen als Inteſtat Nachfolger beerben. Die onera des Teſtaments muß der zwar behalten, der omiſſa cauſa teſtati ab inteſtato ſuccedirt. Aber das Teſtament des Vaters iſt kein Onus des Teſtaments des Kindes, wohl aber umgekehrt.

L. 12.

L. 12. de vulg. et pup. ſubſt. Si filius, qui patri, ac poſtea fratri, ex ſecundis tabulis, heres exſtitit, hereditatem patris recuſet, fraternam autem retinere malit: audiri debet. Iuſtius enim praetorem facturum exiſtimo, ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit. Etenim jus dicendi propoſitum eſt, liberos oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare non invitos ab hereditate removere. Praeſertim quod, remotis tabulis ſecundis, legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex ſecundis tabulis praeſtari debent, habita ratione facultatum in Falcidia, non patris, vt alias ſolet, ſed impuberis. Wenn der Subſtitut die Erbſchaft des Vaters nicht verſchmähet hätte, ſo würden von ihm Legata des erſten und zweyten Teſtaments entrichtet werden müſſen. Die aus dem zweyten Teſtamente würden denn anzuſehen ſeyn, als wenn ſie in dem erſten zugleich mit ſtünden. Die Falcidia würde nach dem Vermögen des Vaters und Kindes gerechnet, wären die aus dem zweyten Teſtamente auch ſo ſtark, daß ſie des Kindes Vermögen überſchritten, ſo würden ſie doch ganz aus dem Vermögen des Vaters bezahlt werden müſſen. Es käme nur darauf an, daß ſie mit den Legatis im erſten Teſtamente zuſammen genommen nicht über drey Viertheile des geſammten Vermögens ausmachten. Betrügen ſie mehr, ſo würde der Subſtitut den vierten Theil, nach der Größe des geſammten Vermögens gerechnet, abziehen. Wenn hingegen der Subſtitut von des Vaters Vermögen ſich losſagt, ſo werden wenn die Erbſchaft des Vaters dennoch mittelbar oder unmittelbar dem ernannten väterlichen Erben bey der Subſtitution mit zufällt die Legata des erſten und zweyten Teſtaments wie vorher ausgezahlt. Wofern hingegen von dem väterlichen Vermögen nichts an den Subſtituten kommt, ſo bezahlt er blos die Legata ex ſecundis tabulis, und die Falcidia, nach dem Vermögen des

Mün-

Mündels gerechnet, wird davon abgezogen. Einen Subſtituten, der alleiniger Erbe, und neben dem der Mündel enterbt iſt, muß man nach dem Zuſammenhange, und wegen des ſonſtigen Widerſpruchs mit andern Geſetzen hier nothwendig annehmen. Man muß ſich die Sache nochmahls folgendergeſtalt begreiflich machen. Die Falcidia und Legata werden blos nach dem Vermögen des Kindes gerechnet, wofern nemlich der Pupillar-Subſtitut nicht zugleich Erbe im erſten Teſtamente iſt. In dieſem Falle zahlt er die Legata die vom Vater im Teſtamente des Kindes auferlegt ſind, nach dem Vermögen des Kindes und ſo daß darnach die Falcidia abgezogen wird. Wenn aber der Pupillar-Subſtitut des Vaters Erbe im erſten Teſtamente zugleich iſt; ſo iſt dieſes und das zweyte Teſtament, wie eins anzuſehen. Der Subſtitut bezahlt die im erſten und zweyten Teſtamente ſtehende Legata nach den Kräften beyder Vermögen, und die Falcidia muß nach den beyden verbundenen Gütern gerechnet werden. Hat der Subſtitut ſich von dem erſten Teſtamente losgeſagt, bekommt aber doch des Vaters Güter mit, ſo können darunter die Legatarien nicht leiden. Es iſt das Vermögen des Vaters etwa ſo verſchuldet, daß daraus keine Legata zu hoffen ſind. Alſo bleiben ſie alle auf des Pupillen Gütern haften. Sie ſind nun die Maſſe, nach welcher die Falcidia gerechnet wird. Wenn der Pupill auch enterbt iſt, deſſen Subſtitut ſonſt nicht mit Legatis beſchwert werden kann, L. 126. de Leg. 1., ſo hindert das in unſerm Falle nicht. Daß der Vater den, welchen er zu ſeinen Erben ernannt, und zugleich pupillariter ſubſtituirt hat, auch in Anſehung des Vermögens des Kindes mit Legatis beſchweren könne, lehrt L. 27. §. 4. L. 11. §. 1. ad SCt. Treb. L. 11. §. 5. ad L. Falc. L. 94. pr. de Leg. 1. Daß die Losſagung von dem väterlichen Teſtamente dem Renuncianten bey den Legatis ex ſubſtitutione nicht von Vortheil ſey, lehrt L. 11.

L. 11. §. 1. L. 27. §. 4. ad SCt. Treb. So hätte Cheſi die Sache vorſtellen ſollen, der ſich nicht ganz zu helfen weiß, weil er den Fall, wo der Subſtitut zugleich Inſtitut iſt, von dem andern Falle, wo dies nicht iſt, nicht unterſcheidet Iurispr. R. et A. Tom. 2. p. 93. ſq.

§. 693. Wenn derjenige, welcher im erſten Teſtamente Erbe iſt, zugleich dem Mündel ſubſtituirt worden; ſo beerbt er dieſen nur ſo denn, wenn er in dem erſten Teſtamente ſelbſt erwähnt worden. Steht ein anderer in ſolchem, und es iſt durch denſelben die Erbſchaft des Vaters auf einen andern übergegangen; ſo kann dieſer deshalb nicht auch im zweyten Teſtamente Erbe werden, obgleich eben der, durch den er im erſten Teſtamente die Güter bekommen, auch im zweyten Teſtamente die Güter annehmen und ſie ihm ebenfalls erwerben könnte und wollte. L. 3. de vulg. et pup. ſubſt. Cum filio impuberi pater ita ſubſtituerit: Quisquis mihi heres erit, idem filio impuberi eſto: placuit ad hanc ſubſtitutionem ſcriptos tantummodo ad hereditatem admitti. Itaque dominus cui per ſervum hereditatis portio quaeſita ſit, ex ſubſtitutione impuberi heres effici non poterit, ſi ſervus ab ejus exierit poteſtate. L. 8. §. 1. eod. Haec verba: *quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres eſto*, hunc habent ſenſum, vt non omnis qui patri heres exſtitit, ſed is, qui ex teſtamento heres exſtitit, ſubſtitutus videatur. Et ideo neque pater qui per filium, neque dominus, qui per ſervum exſtitit, ad ſubſtitutionem admittetur, neque heredis heres: quia non ex judicio veniunt. Partes quoque eaedem ad ſubſtitutos pertinent, quas in ipſius patris familiae habuerunt hereditate. Neque heredis heres zeigt an, daß wenn der Subſtitut den Vater den er überlebte nach dem erſten Teſtamente beerbt hat, aber hernach ſtirbt, ehe der Pu-

pill in der Impubertät mit Tode abgeht, deſſen Todt jedoch hernach erfolgt, des Subſtituten Erbe von den Pupillen nichts erhalte. Non ex judicio nicht aus des Vaters Teſtamente, als worin ſie nicht erwähnt ſind. Die Clauſel quisquis mihi heres erit wird zwar hier als ein Hauptumſtand erwähnt, worauf die Entſcheidung gegründet iſt, daß es alſo ſcheint, als wenn dieſelbe nur ſtatt finde, wenn die Subſtituten mit der Bedingung ernannt worden, wofern ſie auch Erben nach dem erſten Teſtamente werden würden. Sie kann aber auch nicht anders ausfallen, wenn die Bedingung nicht da iſt. Denn es kann doch kein anderer Subſtitut werden, als wer in ſolcher Qualität beſonders benannt iſt. Eben ſo kann die Vertheilung der Erbſchaft in Subſtitutione nach Proportion der Inſtitution nicht von dieſer Clauſel abhangen. Es bleibt immer ein Zuſammenhang zwiſchen Inſtitution und Subſtitution. Die Affection, ſo in jener ungleich geweſen, iſt auch vermuthlich in dieſer nicht gleich, und es iſt nicht abzuſehen, wie die Condition: ſi heres erit ex primis tabulis, auch einen Einfluß in die Beſtimmung der Portionen der Subſtitution haben könne.

§. 694. Die Vertheilung der Güter der Mündels unter die Subſtituten geſchieht ſonſt, wie in dem Falle, da der Mündel ſich ſelbſt ein Teſtament gemacht hätte, ſolche gewöhnlich iſt. Aber wenn die Subſtituten zugleich in des Vaters Teſtamente, und zwar ungleich, ernannt ſind, ſo wird dies als ein Wink angeſehen, daß ſie nach eben der Proportion, die im erſten Teſtamente herrſcht, auch im zweyten erben ſollen. Mit dieſen Stellen kommt völlig überein L. 10. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Sed ſi plures ſint ita ſubſtituti: *Quisquis mihi ex ſupraſcriptis heres erit;* deinde quidam ex illis, poſteaquam heredes exſtiterint patri, obierunt: ſoli ſuperſtites ex ſubſtitutione heredes exiſtent pro rata partium

tium, ex quibus inſtituti ſunt. Nec quicquam valebit ex perſona defunctorum. Die Endworte ſollen heiſſen: wegen der den Vater überlebten Erben des erſten Teſtaments können deren Erben, wenn jene bey dem Tode jedes Pupillen bereits verſtorben, aus der Pupillen Vermögen nichts erhalten.

§. 695. Wer blos Miterbe im erſten Teſtamente iſt, durch deſſen Ausfall alſo dies Teſtament nicht ungültig wird, ſondern blos ein jus accreſcendi veranlaſſet wird, zugleich auch dem Mündel im zweyten Teſtamente ſubſtituirt iſt, kann dieſen beerben, wenn er auch nicht zur Erbſchaft gelangt, woran er im erſten Teſtamente Theil haben ſollte. Ein anderes iſt es, wenn es ihm der Teſtirer ausdrücklich oder ſtillſchweigend zur Bedingung gemacht hat, daß er die Erbſchaft nach dem erſten Teſtamente bekommen haben ſolle. L. 8. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Qui liberis impuberibus ſubſtituit, aut pure, aut ſub conditione ſolet ſubſtituere. Pure ſic: Si filius meus intra pubertatem deceſſerit, Sejus heres eſto. Sive Sejus iſte heres inſtitutus ſit, et impuberi ſubſtitutus, nullam habet conditionem: ſive ſolum ſubſtitutus. Sub conditione autem inſtitutum: ſi ſubſtituat, id eſt: *Si mihi heres erit:* non alias exiſtet heres ex ſubſtitutione, niſi et ex inſtitutione heres fuerit. Cui ſimilis eſt et haec ſubſtitutio: *Quisquis mihi ex ſupra ſcriptis heres erit.* Habet enim in ſe eamdem conditionem ſimilem ſuperiori. Wenn alſo dieſe Bedingung nicht gemacht iſt, ſo hält das Geſetz die Subſtitution des Erben der zugleich im erſten Teſtamente ſteht, für eine unbedingte, das iſt, für eine ſolche, die dennoch ſtatt findet, wenn gleich der Subſtitut die Erbſchaft nach dem erſten Teſtamente nicht würklich erhält.

§. 696. Im Fall, wo dieſe Bedingung gemacht, und zugleich dem Miterben des Kindes ein anderer zur vulgar Subſtitution beygefügt iſt, denn der Miterbe nicht Erbe wird, ſondern der vulgar Subſtitut für ihn eintritt, wird, falls das Kind in der Impubertät verſtirbt, der vulgar Subſtitut, nicht der erſt ernannte Miterbe des Kindes ſein pupillar Subſtitut L. 34. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Filium impuberem et Titium heredes inſtituit: Titio Maevium ſubſtituit: filio quisquis ſibi heres eſſet ex ſupra ſcriptis, ſubſtituit. Titius omiſit hereditatem. Maevius adiit. Mortuo deinde filio, putat, magis ei ſoli ex ſubſtitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit.

§. 697. Jedoch auch in dem Fall, wenn der Teſtirer es dem Subſtituten, zur Bedingung gemacht hat, daß er ſein Erbe nach dem erſten Teſtamente werde, bekommt derſelbe die Erbſchaft des Kindes, ob er gleich von der Erbſchaft des Vaters durch die Inoffcioſitäts-Klage wieder abgebracht worden. Es iſt genug, daß er einige Zeit des Vaters Erbe war L. 31. pr. de vulg. et pup. ſubſt. In ſubſtitutione filio ita facta. *Quisquis mihi ex ſupra ſcriptis heres erit, idem filio heres eſto*, quaeritur, quisquis heres quandoque fuerit, intelligatur: an quisquis heres tum erit, cum filius moriatur. Placuit prudentibus, ſi quandoque heres fuiſſet. Quamvis enim vivo pupillo heres eſſe deſiſſet, forte ex cauſa de inofficioſo, quae pro parte mota eſt: futurum tamen eum heredem ex ſubſtitutione creditum eſt. Daß von der Inofficioſitäts-Klage hier geredet wird, quae pro parte mota eſt, kommt daher, weil wenn dieſelbe die ganze Erbeinſetzung umwarf, zur Zeit der Pandecten auch die Anhänge des Teſtaments, alſo zugleich die Subſtitutionen, ungültig wurden. Dies hat ſich aber

durch

durch die Nov. 115. c. 3. geändert, daher dieſe Beſtimmung des Geſetzes nun nicht mehr nöthig iſt.

§. 698. Eben das, was von der Inofficioſitätsklage geſagt worden, gilt auch, wenn der Miterbe in des Vaters Teſtament dem Teſtirer insgeheim verſprochen hat, ſeinen Antheil ganz oder zum Theil einer der Erbſchaft unfähigen Perſon auszuliefern. In ſolchem Falle fällt der Antheil ganz oder zu dem Theile der abgeliefert werden ſollte, dem Fiſcus zu. Demohnerachtet behält der Miterbe die Subſtitution, wenn ihm ſein Antheil ganz genommen iſt, und wenn er ihm zum Theil genommen iſt, bekommt er dennoch den Antheil an der Subſtitution nach Proportion ſeines ganzen Antheils in der Inſtitution. L. 43. §. 3. de vulg. et pup. ſubſt. Iulius Longinus pater eos, quos ſibi heredes inſtituerat, filio ita ſubſtituit: Quisquis ſibi heres eſſet. Vnus ex heredibus inſtitutis, qui tacitam fidem accommodaverat, vt non capienti partem ex eo, quod acceperat, daret, ad ſubſtitutionem impuberis admiſſus, vtrum pro ea parte, pro qua ſcriptus fuit, veniat: an vero pro ea, quam cepit, ita vt augeatur ejus pars in ſubſtitutione. Reſpondi: Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur. Nec deſinit heres eſſe, licet res, quae ita relictae ſunt, auferuntur. Vnde et ex ſecundis tabulis in tantum heres eſſe poteſt, in quantum ſcriptus eſſet. Satis enim punitus eſt in eo, in quo fecit contra leges. Quinimo etſi deſineret heres eſſe, idem dicerem. Quemadmodum intelligendum eſt in eo, qui, cum ſcriptus eſſet heres, poſtquam adiſſet hereditatem, in ſervitutem redactus eſt, et poſtea libertate donatus. Cui permiſſum eſt, ad ſubſtitutionem venire, quae ei in teſtamento fuerat relicta. Licet enim hereditatem ex inſtitutione amiſit, tamen ex ſubſtitutione iſtam portionem, quantam amiſit, percepturum. Wer die Freyheit lange nach dem Tode des Teſtirers,

ſtirers, noch bey Leben des Kindes verlohren hat, der iſt vorher Erbe geweſen, nimmt dieſe Eigenſchaft zu ſeinem nunmehrigen Herrn mit, nur, daß dieſer jezt die Güter von ihm erhält, bekommt durch die noch bey Leben des Kindes wieder erhaltene Freyheit alle Erforderniſſe eines rechten Erben vollkommen wieder, kann alſo des Kindes Erbe werden, da die Veränderungen der Zwiſchenzeit nicht in Betracht zu ziehen. Er beerbt nun das Kind nach Proportion des Antheils im erſten Teſtament, welchen er durch die eine Zeilang erlittene Knechtſchaft verlohren: ex ſubſtitutione iſtam portionem, quantam amiſit, percepturum. Der, ſo heimliche Verabredung mit dem Teſtirer hatte, einen Theil ſeines Erbantheils herauszugeben, und ſolchen Theil dadurch einbüßt, bekommt nach einem gröſſern Antheile die Subſtitution, als er an der Inſtitution behalten hat: pro ea parte, pro qua ſcriptus fuit, venit, non pro ea quam cepit; ita vt augeatur ejus pars in ſubſtitutione. Die Worte: ita vt augeatur ejus pars in ſubſtitutione hängen mit den vorherigen nicht gut zuſammen. Daher Cujac. und Anton Faber leſen: vtrum pro ea parte, quam cepit veniat, an pro ea parte, pro qua ſcriptus fuit, ita vt etc. Aber v. d. Water Obſ. L. 2. c. 12. verwirft dieſe Umkehrung und zieht das ita vt auf die Miterben in der Subſtitution, welche das jus accreſcendi haben, wobey er ſtatt: ejus pars lieſt: inſtitutorum pars. Andere haben non augeatur zu leſen gerathen. Es braucht nichts geändert zu werden, und es kommt dennoch unſere und eine richtige Erklärung heraus.

§. 699. Man muß aber bey den vorigen Stellen, welche ſagen, daß der Erbe des erſten Teſtaments ausfallen, und doch Subſtitut werden könne, allemal annehmen,

men, daß der Mündel, welchem die Erben des erſten Teſtaments ſubſtituirt ſind, in dem erſten Teſtamente ent-erbt ſey. Alsdenn iſt des Vaters Erbſchaft mit dem Vermögen des Mündels, durch jenes Tod, nicht ver-miſcht. Der Erbe des erſten Teſtaments kann ſich des Antheils in dieſem Teſtamente begeben, und doch des Kindes Erbe werden. Wenn nur durch ſeine Losſagung kein deſtituirtes Teſtament entſteht. Er kann den An-theil in ſolchem Teſtamente annehmen, und ſich der Sub-ſtitution begeben. Beydes geht nicht an, wenn der Mündel zugleich Miterbe im erſten Teſtamente iſt. Als-denn wird des Vaters Vermögen durch ſeinen Todt mit den Gütern des Kindes vermiſcht. Der Miterbe des Kindes kann daher das Vermögen des Vaters von dem des Kindes nicht trennen. Will er den Antheil nicht, den ihm der Vater in ſeinem Teſtamente zugedacht hat; ſo bekommt er auch den Antheil des Kindes, und mit dieſem des Kindes ganzes Vermögen durch Subſtitu-tion nicht. Will er ſich von des Kindes Antheil und Vermögen, oder von der Subſtitution losſagen, ſo kann er auch nicht Erbe nach dem erſten Teſtamente ſeyn, d. i. er iſt gezwungen, wenn er Erbe des Vaters geworden, auch Erbe des Kindes zu werden. L. 10. § 3. de vulg. et pup. ſubſt. Idemque eſt, ſi pater me heredem ſcripſerit ex parte, et filium ex parte, et ego patris he-reditatem repudiavero. Nam neque filii hereditatem habere poſſum.

§. 700. Die Subſtitution kann bedingt und unbe-dingt eingerichtet werden. Es war eine ſolche Bedin-gung beygefügt, daß wenn der Bruder des Mündels nicht des Teſtirers Erbe wäre, der Subſtitut des Mün-dels Vermögen haben ſollte. Hier war der Bruder zur Zeit des Todes des Vaters deſſen Erbe geworden, war

aber hernach von der Erbſchaft abgekommen. Man hielt dafür, daß die Subſtitution eintrete, weil zur Zeit des Todes des Mündels der Bruder nicht mehr ſeines Vaters Erbe war. L. 31. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Non ſimili modo in hac ſpecie dicendum eſt, ſi quis, cum filios duos haberet, Gajum puberem, et Lucium impuberem, ita filio ſubſtituiſſet: *Si Lucius filius meus impubes deceſſerit, neque mihi Gajus filius heres erit, tunc Sejus heres eſto.* Nam ita prudentes hoc interpretati ſunt, vt ad impuberis mortem conditio ſubſtitutionis eſſet referenda. In dem Fall dieſer Stelle war Cajus dem Lucius nicht ſubſtituirt. Alſo gehörte das, was im principio dieſes Geſetzes geſagt wird, gar nicht hieher. Wenn er zur Zeit des Todes des Mündels noch Erbe des Vates geweſen, hätte er den Bruder als Inteſtat Erbe beerbt, weil auf dieſen Fall Sejus nicht ſubſtituirt war. Weil er aber zur Zeit dieſes Todes nicht mehr Erbe des Vaters war, ſo glaubte man daß wegen der Allgemeinheit der Rede, welche alle künftige Zeit bis zum Tode des Mündels mit einſchlieſſen konnte und Begünſtigung der Subſtitution, die Bedingung für erfüllt gehalten werden müſſe.

§. 701. So wie es nicht angeht, daß man einem Erben nur einen Theil des Vermögens vermache, und das übrige Vermögen für Inteſtat Erben offen laſſen kann, vielmehr, wenn ſolche geſchieht, der Teſtaments-Erbe auch den übrigen offenen Theil bekommt, ſo geht es ebenfalls mit der Subſtitution. Wenn dem Pupillar Erben nur ein Theil des Vermögens des Pupillen gegeben und ihm kein Miterbe beygeſezt iſt, ſo bekommt er alles. L. 41. § 8. de vulg. et pup. ſubſt. Non videri cum vitio factam ſubſtitutionem his verbis placuit: *Ille filius meus ſi (quod abominor) intra pubertatis annos deceſſerit; tunc in locum partemve ejus Titius heres eſto:*

eſto: Non magis, quam ſi poſt demonſtratam conditionem, ſibi heredem eſſe ſubſtitutum juſſiſſet. Nam et qui certae rei heres inſtituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet. Der Teſtirer hatte bey der Pupillar Subſtitution blos den Theil verlaſſen, den der Pupill von dem Teſtirer erhielt. Er hatte aber noch anderes eigenes Vermögen. Wer ſollte denn dieſes haben? Der Subſtitut muß es ebenfalls bekommen. Der Teſtirer hatte nicht anders geredet, wie man bey einer Vulgar Subſtitution redet, da man einen Theil dem Miterben bedingt vermacht, und auf den Fall, da die Bedingung nicht erfüllt würde, einen andern auf ſolchen Theil zu ſeinem Erben ernennt und ſubſtituirt, non magis, quam ſi poſt demonſtratam conditionem ſibi heredem eſſe ſubſtitutum juſſiſſet. Das ging aber bey der Pupillar Subſtitution nicht an. Inzwiſchen war die Subſtitution nicht ungültig. Es hatte blos das jus accreſcendi ſtatt. Es war, wie wenn ein Erbe ex re certa ohne Miterben ernannt iſt. Langebeck Ott. Theſ. Tom. 1. p. 554. meint: hier ſey der Anſtoß geweſen, daß blos auf des Kindes Vermögen, nicht aber auf des Vaters dem Kinde zugefallene Erbſchaft, die Subſtitution geſchehen wäre. Dieſe Erklärung leiden aber die Worte ſchwerlich, da es vielmehr umgekehrt war.

§. 702. Wie die Vertheilung des Nachlaſſes, unter den Erben des Kindes geſchehe, iſt L. 8. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. ſchon geſagt worden. Wenn beſonders dem Kinde diejenigen, welche im erſten Teſtamente zu Erben ernannt ſind, und neben dieſen auch andere ſubſtituiret worden, ſo bekommen die erſtere zuſammen nur Einen Theil, und jeder derſelben empfängt davon nach Proportion des Antheils an der Inſtitution im erſten Teſtamente. L. 9. de vulg. et pup. ſubſt. Si pater filio impuberi eosdem, quos ſibi, et te vnum praeterea he-

redem inſtituit: bonorum filii dimidium, caeteros patris heredes communiter dimidium ita habere, vt vnus ſemis apud te maneat, alterius ſemiſſis pro his partibus inter heredes paternos diviſio fiat, quibus ex partibus hereditatem paternam haberent §. 7. J. de pupill. ſubſt. Subſtituitur autem impuberi nominatim, veluti: *Titius heres eſto*: aut generaliter, vt: Quisquis mihi heres erit. Quibus verbis vocantur ex ſubſtitutione, impubere mortuo filio, illi, qui et ſcripti ſunt heredes, et exſtiterunt, et pro qua parte heredes facti ſunt.

§. 703. Der Subſtitut des Kindes hat, wie alle Erben, die Wahl, ob er deſſen Erbſchaft annehmen will, oder nicht. Iſt aber auf die Erbſchaft deſſelben ein Fideicommiß gelegt, ſo hat hier nicht nur derjenige Zwang zur Annehmung der Erbſchaft und deren Reſtitution ſtatt, der ſonſt bey Fideicommiſſen gewöhnlich iſt, ſondern es kann auch der Subſtitut, der zugleich alleiniger Erbe der Inſtitution iſt, gezwungen werden, des Vaters Vermögen anzunehmen, damit deſſen Teſtament nicht deſtituirt, und dadurch die Subſtitution zernichtet werde. L. 2. §. 2. de vulg. et pup. ſubſt. Interdum etiam pupillaris teſtamenti cauſa compellendum heredem inſtitutum adire hereditatem, vt ex ſecundis tabulis fideicommiſſum convaleſcat. Vtputa ſi jam pupillus deceſſit. Caeterum ſi adhuc vivat, improbum eſſe Iulianus exiſtimat eum, qui ſollicitus eſt de vivi hereditate. Es wird vorausgeſezt, daß der, welcher dem Kinde ſubſtituirt worden, auch vom Vater im erſten Teſtamente zu Erben ernannt ſey. Ingleichen, daß der Mündel vom Vater enterbt worden, wie L. 11. §. 1. L. 27. §. 4. ad SCt. Trebell. L. 94. pr. de Leg. 1. zu erſehen iſt. So lange das Kind lebt weiß man nicht, ob ſich der Fall der Subſtitution, und alſo auch des Fideicommiſſes

miſſes ereignen werde. Alſo hat bey des Kindes Leben kein Zwang zu Annehmung der Erbſchaft des Vaters ſtatt. Von dieſer und deren Annehmung iſt hier eigentlich die Rede. Wenn der ſubſtituirte Erbe, welcher zugleich alleiniger Erbe im erſten Teſtamente war, ſich von der Erbſchaft des Vaters losſagte, ſo entſtand ein deſtituirtes Teſtament, und die Subſtitution wurde zugleich ungültig. Aber der Zwang, den der Fideicommiſſarius der Erbſchaft brauchte, ſtellte beyde Teſtamente wieder her. Wenn der Teſtirer dem Kinde ſein Vermögen vermacht, ſolchem einen Subſtituten gegeben, dieſem ein Fideicommiß ſeiner väterlichen Güter auferlegt hat, ſo verſteht ſich, daß das Fideicommiß auch gültig iſt, wenn gleich der Subſtitut nicht Erbe im erſten Teſtamente iſt, und daß er ebenfalls zur Annehmung und Reſtitution zur Zeit des Todes des Kindes gezwungen werden könne.

§. 704. Die von den übrigen Juriſten über den Inhalt des vorigen Geſetzes abgehende beſondere Meynung des Scaevola wurde von den andern Rechtsgelehrten nicht angenommen. L. 38. §. 3. de vulg. et pup. ſubſt. Si a patre inſtitutus rogatusque hereditatem reſtituere, coactus ex fideicommiſſario adierit, quamvis caetera, quae in eodem teſtamento relicta ſunt, per aditionem confirmentur, vt legata et libertates: ſecundas tamen tabulas non oportere reſuſcitari deſtituto jam jure civili teſtamento, Quintus Cervidius Scaevola noſter dicebat. Sed plerique in diverſa ſunt opinione: quia et pupillares tabulae pars ſunt prioris teſtamenti. Quo jure vtimur.

§ 705. Daß derjenige, welcher ein Zwang Erbe des Teſtirers war, es auch bey dem Kinde wurde, iſt ſchon oben L. 2. §. 4. de vulg. et pup. ſubſt. vorgekommen. Wenn der Erblaſſer einen Knecht mit Jemand in

in Gemeinſchaft beſaß, und dieſen mit ertheilter Freyheit dem Kinde zu Erben ernannte, ſo war er bald Zwang-Erbe, bald freywilliger Erbe. Wofern nemlich der Vater den Knecht noch ganz an ſich brachte, ſo war er Zwang Erbe des Kindes. Wenn erſt das Kind den fremden Antheil dazu erlangte, ſo war er freywilliger Erbe deſſelben. Wenn keiner von beyden es that, ſo konnte ſich der Knecht ſelbſt von dem fremden Theilhaber loskaufen und dergeſtalt freywilliger Erbe werden. L. 18. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Si ſervus communis ſubſtitutus ſit impuberi cum libertate, ſi quidem a patrefamilias fuiſſet redemtus, erit impuberi neceſſarius. Si vero ab impubere redemtus: non neceſſarius, ſed voluntarius fit heres, vt Iulianus libro trigeſimo digeſtorum ſcribit. Quod ſi neque a patre, neque a pupillo fuerit redemtus: aequitatis ratio ſuggerit, vt ipſe pretium partis ſuae domino offerens poſſit, et libertatem et hereditatem conſequi. Wenn das Kind den fremden Antheil abkauft, ſo wird der Subſtitut doch nicht ganz deſſen Knecht, weil er ſchon ſtatu liber in Anſehung des Theils iſt, den der Vater an ihm hatte. Alſo wird er nicht heres neceſſarius von ihm.

§. 506. Der Subſtitut muß von dem, was dem Mündel vom Vater verlaſſen worden, die Legata auszahlen, welche der Teſtirer ihm auferlegt hat. Er hat aber auch, wie andere Erben, das Recht der Falcidiae. Iſt der Subſtitut zugleich Miterbe des Kindes, ſo rechnet er den Antheil des Kindes, wobey in der Subſtitution ihm, dem Subſtituten, legata auferlegt ſind, und ſeinen eigenen Antheil an der Inſtitution, worauf auch Legata haften, in eins, und findet darnach, ob er in Anſehung ſämtlicher Legatarien und des geſamten väterlichen Nachlaſſes in der Falcidia verlezt iſt. Es wird in ſolchem Falle angeſehen, als ob er des Vaters Erbe zu

einem Theil bedingt und zum andern Theil unbedingt geworden wäre. In ſolchem Falle würde er die Legata, ſo auf die bedingt gegebene Erbportion haften, und die, ſo auf die unbedingte gelegt ſind, einer Seits, und die beyden Erbportionen, anderer Seits, in eins werffen. Eben ſo geſchieht es in dem jezt gemeldeten Falle der Pupillar Subſtitution. L. 41. §. 6. de vulg. et pup. ſubſt. Coheres impuberi filio datus, eidemque ſubſtitutus legata e ſecundis tabulis relicta perinde praeſtabit, ac ſi pure partem et ſub conditione partem alteram accepiſſet. Non idem ſervabitur alio ſubſtituto. Nam ille Falcidiae rationem induceret, quaſi plane ſub conditione primis tabulis heres inſtitutus: tametſi maxime coheres filio datus quadrantem integrum obtineret. Nam et cum legatum primis tabulis Titio datur, ſecundis autem tabulis eadem res Sempronio. Sempronius quandoque Titio concurrit. Wenn der Miterbe des Kindes und deſſen Subſtitut zwey verſchiedene Perſonen ſind, ſo werden dieſe zwey Leute wofern der Fall der Subſtitution würklich wird, des Vaters Erben neben einander. Es hat alſo in Anſehung dieſer 2 Perſonen diejenige Falcidia ſtatt, die ſonſt den Rechten gemäß, wo 2 Erben ſind. Iſt der eine in ſeiner Falcidia verlezt, ſo hindert deren Abzug nicht, daß der andere Miterbe viel über ſeine Falcidia behält. Der Zuſatz: Nam et u. ſ. w. ſoll den Gedanken beſtärken, daß des Kindes Teſtament, und dasjenige, ſo ſich ſelbſt der Vater gemacht, in der hier vorkommenden Abſicht der Falcidiae, als ein einziges Teſtament angeſehen werden. Wenn in einerley Teſtamente eben dieſelbe Sache verſchiedenen Perſonen ohne Theile in verſchiedenen Sätzen vermacht wird, ſo werden ſie collegatarii re tantum conjuncti. Dies hat auch ſtatt, wenn eine Sache im väterlichen Teſtamente dem Titius, im Teſtamente des Kindes dem Sempronius vermacht iſt.

§. 707

§. 707. Wenn ſich durch die vom Kinde geſuchte bonorum poſſeſſionem contra tabulas des Kindes Portion, theils an ſich, theils dadurch vermehrt, daß nur verſchiedene Legata nicht ausgezahlt zu werden brauchen, ſo kommt dies den Legatariis bey Berechnung der Falcidia zu gute. Wenn ſich des Kindes Portion dadurch vermindert, daß ein ander Kind bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſucht, ſo vermindern ſich auch die Legata, welche der Subſtitut zu bezahlen hat. Im erſtern Falle iſt noch merkwürdig, daß das Kind, welches bonorum poſſeſſionem geſucht, nur gewiſſen ausgenommenen Perſonen die ihm auferlegte Legata ausgezahlt, dagegen der Pupillar Subſtitut, deſſen Subſtitution durch dies Rechtsmittel nicht entkräftet wird, die ihm auferlegten Legata an alle Legatarien geben müſſe, als wenn das Teſtament nicht angefochten worden wäre L. 35. de vulg. et pup. ſubſt. Et ſi contra tabulas patris petita ſit a pupillo bonorum poſſeſſio: in ſubſtitutum tamen ejus actionem legati dandam eſſe, ita vt augeantur praeterea, quod filius extraneis non dederit. Sic et creſcere a ſubſtituto data legata, ſi per bonorum poſſeſſionem plus ad filium perveniſſet, quemadmodum et ipſe filius plus exceptis deberet. His conſequens eſſe exiſtimo, vt, ſi impubes ex aſſe heres ſcriptus ſit, et per bonorum poſſeſſionem ſemis ei ablatus ſit, ſubſtitutus in partem legati nomine exoneretur: vt quemadmodum portio, quae per bonorum poſſeſſionem acceſſerit, auget legata, ita et hic, quae abſceſſerit, minuant. Die Pupillar Subſtitution wird durch das Rechtsmittel nicht erſchüttert, alſo iſt natürlich, daß alle dem Subſtituten auferlegte Legata bleiben, als wenn das Teſtament nicht angegriffen wäre. Actio legati danda eſt L. 5. de leg. praeſt. bon. poſſ. contr. tab. petit. Weil der Sohn, der das Teſtament angefochten, nur verſchiedenen Perſonen keine Legata mehr bezahlt, ſondern ſolche nur gewiſſen

wiſſen ausgenommenen Perſonen leiſtet, ſo behält er und ſein Subſtitut für ſich mehr übrig. Dies wird zur Maſſe gerechnet, wovon die Falcidia übrig bleiben muß, die nun vielleicht wegfällt, weil ſchon an ſich ſo viel übrig bleibt, daß ein Abzug nicht weiter nöthig iſt, der vorher nöthig geweſen wäre. Ienſ. Strictur. p. 193. ad h. l. hat daran nicht gedacht, daß ſchon durch ausfallende Legata die Maſſe vermehrt wird, ſonſt würde er nicht ängſtlich einen fremden Miterben eingemiſcht haben, deſſen Antheil, bey der gebrauchten b. p. contr. tabb. hinwegfalle, und dem Pupillen mit zuwachſe. Wenn dem Sohne nur ein Drittheil der Erbſchaft vermacht, und ihm Legata auferlegt worden, er aber nun durch das Rechtsmittel die Hälfte der Erbſchaft bekommt, ſo muß nun er und ſein Subſtitut die auferlegten Legata ohne Abzug bezahlen, weil genug übrig bleibt, da vorher etwa ein Abzug geſchehen wäre, indem der Legaten Zahl ſtark, der Erbantheil gering war. Der Sohn iſt nun den ausgenommenen Perſonen, welchen er noch Legata giebt, und der Subſtitut ſämmtlichen Legatariis mehr, als vorher, zu geben ſchuldig, und kann ihnen den vorherigen Abzug nicht machen. War der Sohn vorher Univerſal-Erbe, und iſt nun wegen des von einem Bruder gebrauchten Mittels der bonorum poſſeſſion nur zur Hälfte Erbe geblieben, ſo zahlt er und ſein Subſtitut auch die Legata nur halb.

§. 708. Nicht nur Legata, ſondern auch Fideicommiſſa können dem Pupillar-Subſtituten auferlegt werden. Es kommt davon ein beſonderer Fall in den Geſetzen vor, wo ſtreitig war, ob das Fideicommiß auch bey der Pupillar Subſtitution, deren Fall erfolgt war, ſtatt haben ſollte, oder ob es nur auf den Fall der Vulgar Subſtitution einzuſchränken geweſen. Es wird aber mit

Recht

Recht für das erſtere entſchieden. L. 46. de vulg. et pup. ſubſt. Paterfamilias primis tabulis poſtumo herede inſtituto, ſecundis ſibi vel filio, ſi intra pubertatem deceſſiſſet, Gajum Sejum, fratrem ſuum, ſubſtituit, deinde Titium, Gajo Sejo: et poſtea ſic dixit: Quodſi Gajus Sejus, frater meus, primo loco ſubſtitutus, heres mihi eſſet, tunc Titio fideicommiſſum relinquo. Quero, cum filius patri heres exſtiterit, eoque intra pubertatem mortuo, frater teſtatoris ex ſubſtitutione heres ſit, an fideicommiſſum debeatur, cum ita relictum ſit: Si Gajus Sejus frater ſuus, ſibi heres exſtitiſſet? Reſpondi, fratrem defuncti, qui in vtrumque ſenſum, (inſtitutus vel) ſubſtitutus eſt, filio impubere defuncto, ea, quae teſtator relinquit, praeſtare debere: nec adverſari haec verba, Quod ſi Gajus Sejus mihi heres erit, tunc dari volo: cum verum ſit eum et teſtatoris heredem exſtitiſſe. Der Erblaſſer hatte ſein Kind, ſo noch nicht zur Welt gekommen war, zum Erben ernannt, und ſeinen Bruder dieſem Kinde vulgariter und pupillariter ſubſtituirt. Dem Bruder hatte er wieder den Titius zum Vulgar Subſtituten gegeben, vermuthlich auf beyderley Fälle, da entweder der Poſtumus und der Bruder zugleich nicht Erben würden, oder da der Poſtumus erbte, und der Bruder vor dem erfolgenden Falle der Subſtitution verſtarb. Auſſerdem hatte er dem Titius ein Fideicommiß, ſo der Bruder abliefern ſollte, mit den Worten verlaſſen; ſi Gajus Sejus, frater, mihi heres erit. Es war die Frage, ob dieſes Fideicommiß nur auf den Fall zu verſtehen, da der Bruder nach der Vulgar Subſtitution erbte, oder auch da er des Kindes Erbe nach der Pupillar Subſtitution geworden war. Die Worte ſchienen die Vulgar Suſtitution anzuzeigen. Weil aber der Erblaſſer dem Titius etwas gönnen wollen, und die Worte nicht ſchlechthin die Pupillar Subſtitution ausſchloſſen, da des Kindes Erbe, in dem Vermögen die

des Vaters, auch des Vaters Erbe iſt; ſo erklärte man die Worte ſo, daß ſie auch auf den Fall der Pupillar-Subſtitution, nach welcher der Bruder erbte, ausgedehnt wurden.

§. 709. Es können nicht nur dem Pupillar-Subſtituten Legate auferlegt werden, ſondern man kann auch die im erſten Teſtamente verordneten Legata, bey der Subſtitution wieder aufheben. In ſolchem Falle ſind ſie dem Subſtituten nicht auferlegt, ob ſie gleich dem Inſtituto anbefohlen waren. L. 16. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Si quis eum, quem teſtamento ſuo legavit, rurſus a ſubſtituto filii liberum eſſe juſſerit: liber erit, quaſi legato ademto. Nam et in legato in his teſtamentis noviſſima ſcriptura erit ſpectanda. Sicut in eodem teſtamento, vel teſtamento et codicillis confirmatis obſervaretur. L. 18. §. 1. eod. Si Titio fuerit legatus ſervus; poſſe eum impuberi ſubſtitui cum libertate, quemadmodum inſtitui potuit legatus. Et evaneſcit legatum exiſtente conditione ſubſtitutionis. L. 19. eod. Idem eſt, et ſi poſt mortem legatarii ſervus ſubſtitutus ſit. L. 16. pr. lehrt, daß ein Legat in eben demſelben Teſtamente, oder in einem Codicillo confirmato, oder bey der Pupillar-Subſtitution ſo wieder aufgehoben werden könne, daß es als ipſo jure ademtum anzuſehen ſey. L. 18. §. 1. heiſt: inſtitui potuit legatus, ſo viel, als: der Knecht konnte zu Erben ernannt werden, nachdem man ihn vorher in eben demſelben Teſtamente Jemanden vermacht hatte. Die Erbeinſetzung hob alsdenn das vorher ſeinetwegen gemachte Legat auf. L. 19 iſt ein Fall, da man den Knecht in ſeinem Teſtamente Jemanden vermacht, in des Kindes Teſtamente aber in ſolchem dem Kinde ſubſtituirt hat, jedoch daß er erſt nach des Legatarii Tode das Kind beerben ſoll. Wenn in dieſem Falle, das Kind nicht in der Impubertät ſtirbt, ſo bleibt der Knecht dem Legatario auf immer. Wo-

fern er aber in der Impubertät aus der Welt geht, ſo behält der Legatarius dennoch den Knecht auf Lebenszeit, vermuthlich ſoll er auch, ſo lange er lebt, die dem Knecht zufallende Erbſchaft nützen. Nach des Legatarii Tode aber iſt der Knecht für ſich Erbe.

§. 710. Die Folge der Pupillar-Subſtitution iſt, daß dadurch des Kindes Inteſtaterben ausgeſchloſſen werden. L. 7. C. de impub. et al. ſubſt. Si teſtamento jure facto intra pupillarem aetatem et in ſua poteſtate conſtitutae filiae, ſi intra pubertatem deceſſerit, directis verbis pater ſubſtituit: heredem te factum ex teſtamento poſt eventum conditionis, inteſtati ſucceſſionem excluſiſſe conſtat. Eventus conditionis war der Tod des Kindes in der Impubertät.

§. 711. Der Subſtitut bekommt demnach das geſammte Vermögen des Kindes und des Vaters, ſo daß er nicht einmal die eine Art des Vermögens annehmen, und von dem andern ſich losſagen kann, weil es in der Perſon des Mündels einerley Maſſe geworden. L. 10. §. 2. de vulg. et pup. ſubſt. Filio impuberi herede ex aſſe inſtituto ſubſtitutus quis eſt. Exſtitit patri filius heres. An poſſit ſubſtitutus ſeparare hereditates, vt filii habeat, patris non habeat? Non poteſt: ſed aut vtriusque debet hereditatem habere, aut neutrius. Iuncta enim hereditas coepit eſſe. §. 5. eod. Ad ſubſtitutos pupillares pertinent, et ſi quae poſtea pupillis obvenirent. Neque enim ſuis bonis teſtator ſubſtituit, ſed impuberis. Cum et exheredato ſubſtituere quis poſſit. Niſi mihi proponas militem eſſe, qui ſubſtituit heredem hac mente, vt ea ſola velit ad ſubſtitutum pertinere, quae a ſe ad inſtitutum pervenerunt. Wenn der Soldat blos das Vermögen, ſo er dem Kinde verlaſſen, dem Pupillar-Subſtituten zutheilt, ſo gilt

gilt dies, theils, weil der Soldat pro parte teſtatus pro parte inteſtatus verſterben kann, theils, weil dieſes eine militar Subſtitution iſt, wozu der Soldat beſondere Privilegia hat.

§. 712. Demohnerachtet gilt hier die Regel nicht, welche oben bey der Vulgar-Subſtitution vorkam, daß nemlich der Subſtitutus Subſtituti auch Subſtitutus Inſtituti ſey. Iſt dem Kinde, das einem andern pupillariſch ſubſtituirt iſt, ebenfalls ein Pupillar-Subſtitut gegeben, und das ſubſtituirte Kind ſtirbt vor dem inſtituirten Kinde, ſo bekommt des ſubſtituirten Kindes Subſtitut nur des Kindes Erbſchaft, dem er ſubſtituirt worden. Stirbt hernach auch das andere Kind in der Impubertät dem das nun vorweg geſtorbene ſubſtituirt war, ſo fällt deſſen Vermögen an deſſen Inteſtaterben. L. 47. de vulg. et pup. ſubſt. Qui habebat filium et filiam impuberes, inſtituto filio herede, filiam exheredavit: et, ſi filius intra pubertatem deceſſiſſet, filiam eidem ſubſtituit. Sed filiae, ſi, antequam nuberet, deceſſiſſet, vxorem ſuam, item ſororem ſuam ſubſtituit. Quaero, cum filia impubes prior deceſſerit, deinde frater ejus impubes, an filii hereditas ad vxorem et ſororem teſtatoris jure ſubſtitutionis pertineat. Reſpondi: ſecundum ea, quae proponerentur, non pertinere. Antequam nuberet heiſt hier ſo viel, als: antequam nubilis aetatis eſſet, und dies iſt eine Beſchreibung der Impubertät. Hier gilt alſo die Regel: ſubſtitutus ſubſtituti eſt etiam ſubſtitutus inſtituti nicht, welche blos bey der Vulgar-Subſtitution zu gebrauchen. Otto Comm. ad Inſt. p. 286.

§. 713. Wenn ſich mit den Umſtänden, worunter die Pupillar-Subſtitution ſtatt findet, eine Verän-

derung zuträgt, ſo muß die Subſtitution ſelbſt aufhören. Wenn nach dem Tode des Vaters der Pupill ſich von einem andern an Kindes ſtatt aufnehmen ließ, ſo hätte die Subſtitution deshalb aufhören ſollen, weil der Pupill nun nicht weiter als ein Sohn des Teſtirers angeſehen werden konnte, und er in die Gewalt eines Vaters gerieth, deren Daſeyn allen Begriff des Teſtaments des Kindes nun entfernte. Weil aber die Arrogation eines Pupillen ohne Verletzung der vorher geweſenen Succeſſion geſchehen muſte, ſo hinderte ſie auch die vorher geweſene Pupillar-Subſtitution nicht. L. 40. de vulg. et pup. ſubſt. Cauſa cognita impubes arrogatus deceſſerat. Quemadmodum legitimis heredibus auctoritate principali proſpicitur vinculo cautionis: ita, ſi forte ſubſtituit naturalis pater impuberi, ſuccurrendum erit ſubſtituto. Nam et legitimis heredibus futuris non aliae, quam vtiles actiones praeſtari poſſunt. Bey der Arrogation eines Mündels wurde gegen einen öffentlichen Knecht die Verſprechung von dem Arrogator gethan, die Erbſchaft ſollte den Intereßenten, ad quos ea res pertinet, herausgegeben werden, wenn das Kind in der Impubertät verſtürbe. Daraus erwuchſen den Inteſtaterben des Kindes nur actiones vtiles, weil der Acceptant nicht ihr Knecht war, ſondern nur ein ſervus publicus. Eben die Rechte, welche die Inteſtaterben hatten, ſtanden aber, wegen Allgemeinheit der Verſprechung, auch dem Subſtituten zu.

§. 714. Wenn der Subſtitut vor dem Kinde verſtirbt, ſo hat natürlicher Weiſe die Subſtitution ein Ende. Wofern beyde zugleich umkommen, ſo wird nicht vermuthet, daß der eine Theil den andern überlebt habe. Daher fällt auch in dieſem Falle die Subſtitution hinweg. 18. pr. de reb. dub. Sed et in illo quaeritur, ſi pariter pupillus, et qui ei ſubſtitutus erat, frater neceſſarius

rius deceſſerit, an frater fratri exiſtat heres, an contra. Vel ſi duo invicem neceſſarii ſubſtituti, et vna perierint: an heredes exſtitiſſe videantur, vel alter alteri: hoc eſt, ſi invicem hereditatem rogati fuerint reſtituere. In quibus caſibus, ſi pariter deceſſerint, nec appareat, quis ante ſpiritum emiſit: non videtur alter alteri ſupervixiſſe. Daß der Sohn, der des Vaters heres neceſſarius iſt, auch in Anſehung des Mündels, als Bruder, in der Subſtitution heres neceſſarius, und alſo frater neceſſarius ſey, iſt ſchon oben vorgekommen.

§. 715. Die Vulgar- und Pupillar Subſtitution können mit einander verbunden werden. Der Erblaſſer kann ſie ausdrücklich verbinden, und entweder eben denſelben, den er dem Kinde zur erſten Subſtitution gewählt hat, auch zur zweyten beſtimmen, oder einen andern. Von dem erſten Falle, da eben derſelbe zugleich Vulgar- und Pupillar-Subſtitut iſt, redet pr. J. de pupill. ſubſt. Liberis ſuis impuberibus, quos in poteſtate quis habet, non ſolum ita, vt ſupra diximus, ſubſtituere poteſt, id eſt, vt ſi heredes ei non exſtiterint, alius ſit ei heres, ſed eo amplius, vt, ſi heredes ei exſtiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, ſit eis aliquis heres: veluti ſi quis dicat hoc modo: *Titius filius mihi heres eſto. Et ſi filius mihi heres non erit: ſive heres erit, et prius moriatur, quam in ſuam tutelam venerit*, id eſt, antequam pubes factus ſit, *tunc Sejus heres eſto.* Quo caſu ſi quidem non exſtiterit heres filius, tunc ſubſtitutus patri ſit heres: ſi vero exſtiterit heres filius, et ante pubertatem deceſſerit, ipſi filio ſit heres ſubſtitutus. Nam moribus inſtitutum eſt, vt quum ejus aetatis filii ſint, in qua ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſunt, parentes eis faciant. L. 1. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Heredis ſubſtitutio duplex eſt, aut ſimplex. Veluti: *Lucius Titius heres eſto. Si mihi Lucius Titius heres*

non erit, tunc Sejus heres mihi eſto. Si heres non erit, ſive erit, et intra pubertatem deceſſerit, tunc Gajus Sejus heres mihi eſto.

§. 716. Die Bedingung: ſi filius heres non erit, wird nicht nur alsdenn erfüllt, wenn der Mündel den Vater nicht überlebt, ſondern auch, wenn er ihn überlebt, ſich aber von des Vaters Erbſchaft losſagt. Ohne Grund behauptet Theophilus das Gegentheil. Die bloſſe Exiſtenz eines heredes ſüi ohne Annehmung der Erbſchaft würkt nur zu Aufrechthaltung der Subſtitution nicht zu deren Unterwerffung. Die Pupillar-Subſtitution bleibt bey dem allen auch bey Kräften.

§. 717. Den andern Fall, da ein anderer dem Kinde vulgariter, ein anderer pupillariter ſubſtituirt iſt, enthält. L. 39. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Filio impuberi in ſingulas cauſas alium et alium heredem ſubſtituere poſſumus. Veluti vt alius, ſi tibi nullus filius fuerit: et alius, ſi filius fuerit, et impubes mortuus fuerit, heres ſit.

§. 718. Daß auch eben derſelbe, der vulgar Subſtitut iſt, zugleich zur pupillar Subſtitution ausdrücklich berufen werde, oder umgekehrt, iſt nicht einmal nöthig, weil die Geſetze ſchon an ſich die Regel angenommen haben, daß unter der einen dieſer Subſtitutionen, wenn ſie vom Vater ſeinem Kinde in der Impubertät ausdrücklich geſchieht, die andere allemal ſtillſchweigend begriffen ſey. Die ſtillſchweigende pupillar Subſtitution nennt Theophilus vulgari pupillarem L. 2. §. 6. de vulg. et pup. ſubſt. Sed ſi ita ſcripſerit: Si filius mihi heres non erit, Sejus heres eſto: filius heres eſto: ſecundo quidem gradu Sejus ſcriptus eſt heres, et, ſi filius heres non exſtiterit, procul dubio Sejus ei heres erit. Sed etſi exſtiterit filius heres, et in pubertate defunctus eſt

eſt, Sejus admittendus recte videtur. Vt non ordo ſcripturae, ſed ordo ſucceſſionis ſpectetur. L. 4. pr. eod. Iam hoc jure vtimur ex Divi Marci et Veri conſtitutione, vt cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in vtrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur: ſive filius heres non exſtiterit: ſive exſtiterit, et impubes deceſſerit. Die erſte Stelle lehrt auſſerdem, daß eben ſo, wie es bey der Pupillar-Subſtitution iſt, auch bey der Vulgar-Subſtitution es nicht ſchade, wenn dieſelbe zuerſt und die Inſtitution hinterher geſezt wird. Man ſieht, daß anfänglich die Teſtirer beyde Subſtitutionen ausdrücklich erwähnen muſten, wenn ſie beyde ſtatt finden ſollten. Die Kayſere Marcus und Verus, führten zuerſt ein anderes ein. Zur Zeit des Cicero und Quintilian war dies noch nicht ausgemacht, wie es verſchiedene Stellen dieſer Schriftſteller lehren, ob man gleich auch für die ſtillſchweigende Subſtitution zu ſprechen pflegt.

§. 719. Aus L. 4. pr. iſt zugleich erſichtlich, daß unter der Pupillar Subſtitution ebenfalls die Vulgaris ſtillſchweigend begriffen ſey, wie jene unter dieſer begriffen iſt, welches einige Rechtslehrer ohne Grund geleugnet haben. A. Faber Err. pragm. D. 32. E. 9. 10. D. 33. E. 2. 3. leugnet z. E. die ſtillſchweigende Vulgar-Subſtitution. Die ſtillſchweigende Pupillar Subſtitution ſey, ſagt er, zum Beſten der Pupillen eingeführt; man finde nie ausdrücklich beſonders der ſtillſchweigenden Vulgar-Subſtitution erwähnt; man habe nie hinter der Pupillar-Subſtitution der Vulgar-Subſtitution ihren Platz gegeben, und alſo auch nicht hinter jener, an dieſe gedacht, wohl aber umgekehrt. Inzwiſchen, ſind alle dieſe Gründe nicht ſehr wichtig. Cabot. diſputt. bey Meerm. Theſ. Tom. 3. p. 6. 31. iſt unſerer Meynung, ingleichen Vinn. Quaeſt. Sel. L. 2. c. 24. Die Vulgar-Subſtitution, kann man ſagen,

iſt zum Beſten des Teſtirers eingeführt, das Stillſchweigen über einen beſondern Fall, nach veſtgeſezter allgemeinen Regel, beweiſt nichts, aus der Ordnung der Subſtitutionen, welche überdem nicht einmal erweißlich, kann man zu dem, was in Frage iſt, gar kein Argument nehmen.

§. 720. Die Regel, daß unter der einen der beyden ausdrücklich verordneten Subſtitutionen die andere ſtillſchweigend begriffen ſey, wird aus dem vermutheten Willen des Teſtirers hergeleitet. Sie fällt alſo weg, wenn er entweder ausdrücklich verordnet hat, daß dieſe Begreifung der einen Subſtitution unter der andern nicht ſtatt finden ſolle, oder wenn dabey ſolche Umſtände vorkommen, daß es nicht wohl angeht, die Verbindung beyder Subſtitutionen anzunehmen und alſo ein ſtillſchweigendes Verbot des Teſtirers deshalb angenommen werden muß. Daher muß man bey der gegenſeitigen Subſtitution, welche der Teſtirer verordnet, und wobey ſeine in der Impubertät ſtehende Kinder vorkommen, einen Unterſchied machen, ob alle Erben des Teſtirers Kinder dieſes Alters ſind, oder nicht. In jenem Falle iſt die Regel, daß unter der ausdrücklichen Vulgar-Subſtitution die pupillariſche ſtillſchweigend begriffen ſey, zu gebrauchen, nicht aber in dieſem. Von dem erſten Falle redet. L. 4. §. 1. de vulg. et pup. ſubſt. Quod jus ad tertium quoque genus ſubſtitutionis tractum eſſe videtur. Nam ſi pater duos filios impuberes heredes inſtituat, eosque invicem ſubſtituat: in vtrumque caſum reciprocam ſubſtitutionem factam videri Divus Pius conſtituit. Von dem andern Falle handelt L. 4. § 2. de vulg. et pup. ſubſt. Sed ſi alter pubes alter impubes, hoc communi verbo: *Eosque invicem ſubſtituo* ſibi fuerint ſubſtituti: in vulgarem tantum modo caſum factam videri ſubſtitutionem, Severus et Antoninus

nus conſtituit. Incongruens enim videbatur, vt in altero duplex eſſet ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris. Hoc itaque caſu ſingulis ſeparatim pater ſubſtituere debebit: vt, ſi pubes heres non exſtiterit, impubes ei ſubſtituatur. Si autem impubes heres exſtiterit et intra pubertatem deceſſerit, pubes frater in portionem coheredis ſubſtituatur. Quo caſu in vtrumque eventum ſubſtitutus videbitur. Ne, ſi vulgari modo impuberi quoque ſubſtituat, voluntatis quaeſtionem relinquat, vtrum de vna vulgari tantummodo ſubſtitutione in vtriusque perſona ſenſiſſe intelligatur. Ita enim in altero vtraque ſubſtitutio intelligitur, ſi voluntas parentis non refragatur. Vel certe evitandae quaeſtionis gratia ſpecialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituat fratrem: *Sive heres non erit: ſive erit, et intra pubertatis annos deceſſerit.* L. 45. pr. eod. Lucius Titius legitimum filium et alterum naturalem heredes inſtituit: eosque invicem ſubſtituit. Titius legitimus filius, quem pater anniculum reliquit, poſt patris mortem impubes deceſſit, ſuperſtite matre et fratre naturali, quem etiam coheredem habebat. Quaero an hereditas ejus ad Titium naturalem fratrem ex cauſa ſubſtitutionis pertineat, an vero ad matrem. Reſpondi: ad primum caſum non exiſtentium heredum ſubſtitutionem, de qua quaeritur, pertinere: non ad ſequentem, ſi quis eorum poſtea deceſſiſſet intra pubertatem. Cum in naturali filii perſona duplex ſubſtitutio locum habere non poterit. Et ideo ad matrem legitimi filii hereditas ab inteſtato pertinet. L. 2. C. de Impub. et al. ſubſtit. Hereditatem quidem defuncti inteſtati filii delatam tibi dubitari non oportet. Subſtitutio enim teſtamento patris facta, ad pubertatis tempora porrigi non poteſt: quia et ipſo et aliis non ejusdem conditionis heredibus inſtitutis, et invicem ſubſtitutis, propter eorum perſonam, quibus in vnum caſum duntaxat ſubſtitui poteſt,

eſt, etiam in filio idem debere ſervari et ratio ſuadet, et divus Marcus pater conſtituit. Die Conſtitution des Severus und Antoninus, welche L. 4. §. 2. erwähnt, iſt der L. 2. C. de impub et al. ſubſt. cf. A. Faber Conjectur. L. 15. c. 19. L. 45. hat in den Vulgatis noch einen Zuſatz: Aliter, ſi ejusdem aetatis liberi inſtituti invicem ſubſtituti fuiſſent. Tunc enim altero defuncto intra pubertatem, ejus ſucceſſio, non ad matrem ſed ad ſubſtitutum ejus devolvitur. Er iſt aber zu verwerffen, weil ihn die Florentina nicht hat. Uebrigens enthält die Clauſel nichts falſches, wenn man bey liberi in Gedanken ſui beyfügt. Merill. Variant. ex Cujac. L. 1. c. 38. cf. C. Molinaei quinque lect. ſolen. in. L. 45. L. 2. C. iſt an die Mutter des Kindes gerichtet, welchem ſubſtituirt war. Ad pubertatis tempora porrigi iſt ſo viel, als: ad ſubſtitutionem pupillarem porrigi. de Gaſt bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 748. Von L. 4. §. 2. handelt Averan. Interpret. L. 3. c. 16. 17. Weil in allen dieſen Fällen die gegenſeitige Subſtitution nicht auf jeder Seite zwiefach ſeyn konnte; ſo war der vermuthete Wille des Erblaſſers, daß ſie auf der einen Seite ſo wohl, als auf der andern, nur einfach ſeyn ſolle.

§. 721. Auf gleiche Art wurde die Vulgar-Subſtitution nicht auf die pupillariſche, als ſtillſchweigend darunter begriffen, ausgedehnt, wenn dieſelbe dem Mündel und einer andern fremden Perſon, welche zugleich und neben einander zu Erben ernannt waren, zuſammen geſchehen war. Denn weil der Subſtitut dem einen Theil nur vulgariter ſubſtituirt ſeyn konnte, und die dem Kinde geſchehene Subſtitution damit verbunden und zugleich genannt war; ſo wurde auch bey dieſem nur eine Vulgar-Subſtitution angenommen. L. 4. C. de impub. et al. ſubſt. Quamvis placuit, ſubſtitutionem impuberi, qui

in poteſtate teſtatoris fuerit, a parente factam ita: *Si heres non erit*, porrigi ad eum caſum, quo poſtea, quam heres exſtitit, impubes deceſſit, ſi modo non contrariam defuncti voluntatem exſtitiſſe probetur: cum tamen proponas ita ſubſtitutionem factam eſſe: *Si mihi Firmianus filius et Aelia, vxor mea, (quod abominor) heredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus heres eſto:* manifeſtum eſt, in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo vtrique heredum ſubſtitui potuit cf. A. Faber Conject. L. 15. c. 19.

§. 722. Endlich wurde aus gleichem Grunde nemlich wegen des vermutheten Willens des Teſtirers unter der Vulgar-Subſtitution die pupillariſche nicht als ſtillſchweigend begriffen angeſehen, wenn neben dem Kinde die Mutter zur Miterbin ernannt, und dem Kinde zugleich ein Fremder vulgariter ſubſtituirt war. Wenn in dieſem Falle das Kind Miterbe wurde, aber in der Impubertät verſtarb, ſo fiel der Subſtitut aus und die Mutter beerbte das Kind ab inteſtato. Wofern jedoch die Mutter vor dem Kinde verſtorben wäre, ſo würde der Subſtitut beym Tode des Kindes noch zugelaſſen ſeyn, als wenn er pupillariſch ſubſtituirt wäre. L. 9. C. de inſt. et ſubſt. ſub. cond. Cum quidam praegnantem habens conjugem, ſcripſit heredem ipſam quidem ſuam vxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adjecit, ſi non poſthumus natus fuerit, alium ſibi heredem eſſe, poſthumus autem natus impubes deceſſit: dubitabatur, quid juris ſit, tam Vlpiano, quam Papiniano, viris diſertiſſimis, voluntatis eſſe quaeſtionem ſcribentibus: cum opinabatur Papinianus eumdem teſtatorem voluiſſe poſthumo nato, et impubere defuncto, matrem magis ad ejus venire ſucceſſionem, quam ſubſtitutum. Si enim ſuae ſubſtantiae partem vxori dereliquit: multo magis et luctuoſam hereditatem ad matrem veni-

venire curavit. Nos itaque in hac ſpecie Papiniani dubitationem reſecantes, ſubſtitutionem quidem in hujusmodi caſu, vbi poſthumus natus adhuc impubes viva matre deceſſerit, reſpuendam eſſe cenſemus. Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admittimus, cum poſthumus minime editus fuerit, vel poſt ejus partum mater prior deceſſerit. Für die Mutter waren hier beſonders die Gründe, daß ſie zugleich zur Miterbin des Kindes ernannt war, und daß die Subſtitution beſonders die Bedingung hatte; wofern der Poſthumus gar nicht zur Welt kommen würde. A. Faber Err. pragm. D. 33. E. 5. Averan. Interpr. L. 3. c. 17. n. 9. Unter andern Umſtänden ſchließt alſo der Subſtitut, auch bey der ſtillſchweigenden Pupillar-Subſtitution die Mutter aus. Es kommt nicht darauf an, ob die Mutter zur Hälfte oder zu einem geringern Theile Miterbin iſt. Sie ſchließt auch den Subſtituten aus, der kein Fremder, ſondern ein Verwandter, ſelbſt des Kindes Bruder, auch ſelbſt Miterbe iſt. Nur muß die Bedingung ſeyn, daß das Kind nicht zur Welt komme. Wenn bey einem ſchon gebohrnen Kinde die Bedingung iſt: ſi heres non erit, und es kommt zum Fall der Pupillar-Subſtitution, iſt das Geſetz nicht anzuwenden. Iſt Subſtitutio vulgaris et pupillaris breviloque verbunden, dergeſtalt: quandocunque filius meus deceſſerit, Sempronius heres eſto, ſo iſt mehr Subſtitutio pupillaris expreſſa zugleich vorhanden, und alſo das Geſetz nicht anzuwenden. Iſt nicht die Mutter, ſondern ein anderer Verwandter des Kindes Miterbe, ſo iſt auch das Geſetz nicht zu gebrauchen. Auch auf die Großmutter iſt es nicht auszudehnen. A. Faber Conject. L. 15. c. 9.

Fünf-

Fünftes Segment.

Die Quaſi Pupillar-Subſtitution.

§. 723. Quaſi Pupillar-Subſtitution vor Juſtinian. §. 724. Juſtinianiſche Quaſi Pupillar-Subſtitution.

§. 723.

Nach dem Beyſpiel der Pupillar-Subſtitution war ſchon vor Juſtinian gewöhnlich, daß Eltern wegen ſolcher Kinder, die zwar nicht in der Impubertät, aber doch zum Teſtiren unfähig, waren, ſich die Befugnis ein Teſtament in deren Seele zu verfertigen vom Kayſer geben lieſſen. Wenn ſolches geſchahe, ſo lehrten die Juriſten, daß dergleichen Analogon der Pupillar-Subſtitution nach der Analogie derſelben beurtheilt werden müſſe. Dieſe Subſtitution währte, wie ſie lehrten, nur ſo lange, als die Unfähigkeit des Unfähigen fortdauerte. Was ſein Teſtament ungültig gemacht haben würde, wenn er ſich es ſelbſt errichtet hätte, machtens auch ungültig, da es in ſeine Seele der Vater gemacht hatte. L. 43. pr. de vulg. et pup. ſubſt. Ex facto quaeritur: Qui filium habebat mutum puberem: impetravit a principe vt muto ſubſtituere ei liceret: et ſubſtituit Titium. Mutus duxit vxorem poſt mortem patris. Et naſcitur ei filius. Quaero: an rumpatur teſtamentum. Reſpondi: Beneficia quidem principalia ipſi principes ſolent interpretari. Verum voluntatem principis inſpicientibus poteſt dici, eatenus id eum tribuere voluiſſe, quatenus filius ejus in eadem valetudine perſeverat. Et vt quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare teſtamentum, ita princeps imitatus ſit jus in eo, qui propter infirmitatem non poteſt teſtari. Nam

Nam et ſi furioſo filio ſubſtituiſſet, diceremus, deſinere valere teſtamentum, cum reſipuiſſet: quia jam poſſet ſibi teſtamentum facere. Etenim iniquum incipit fieri beneficium principis, ſi adhuc id valere dicamus. Auferret enim teſtamenti factionem homini ſanae mentis. Igitur etiam agnatione ſui heredis dicendum eſt rumpi ſubſtitutionem: quia nihil intereſt alium heredem inſtitueret ipſe filius poſtea, an jure habere coepit ſuum heredem. Nec enim aut patrem aut principem de hoc caſu cogitaſſe, veriſimile eſt: Vt eum, qui poſtea naſceretur, exheredaret. Nec intereſt, quemadmodum beneficium principale intercedat circa teſtamenti factionem: vtrum in perſonam vnius, an complurium. Alles, was der Juriſt ausführt, geht darauf hinaus, daß die dem Vater gegebene Erlaubnis, dem Sohne ein Teſtament zu machen nicht dergeſtalt zu erklären, als wenn das dem Sohn gemachte Teſtament nun auf alle Fälle gültig bleiben müſſe, es mögen Veränderungen ſich bey dem Sohne zutragen, welche ſie wollen. Dies iſt ja bey der Pupillar-Subſtitution nicht. Alſo kann es bey deren Analogon auch nicht ſeyn. Daß es, wenn der Sohn ein Kind zeugt, eben ſo anzuſehen, als wenn er ſich nun ſelbſt ein Teſtament gemacht, mithin dergleichen zu machen fähig geworden wäre, iſt etwas weit hergeholt. Aber daß das Teſtament deſſelben nun, ob es gleich der Vater in ſeine Seele gemacht, dennoch eben ſo rumpirt werden müſſe, als wenn ſich der Sohn ſolches ſelbſt verfertigt hätte, war natürlich, und hätte zum Behuf der Entſcheidung eher angeführt werden ſollen. Daß der Sohn erſt nach des Teſtirers Tode geheyrathet, und einen Sohn gezeugt, hält Cujacius für einen bedeutenden und abſichtlich angeführten Umſtand. Ich glaube aber nicht, daß dieſer Umſtand merkwürdig ſey. Die Entſcheidung muſte eben dieſelbe ſeyn, wenn er auch nicht vorhanden war. Er traf ſich von ohngefähr

fähr bey dem vorgekommenen Falle. Das Ende der Stelle zeigt, daß noch eine andere Frage aufgeworffen worden, ob nemlich auch für mehrere Unfähige zugleich der Kayſer dem Vater die Erlaubnis, ihnen ein Teſtament zu machen, ertheilen könne, und was denn bey jedem der Unfähigen einzeln Rechtens ſey.

§. 724. Endlich hat Juſtinian dasjenige, was ſonſt durch beſondere kayſerliche Vergünſtigung jedesmal erhalten werden muſte, zur Regel und gemeinem Rechte gemacht, daß nemlich auch denenjenigen Kindern von den Eltern das Teſtament gemacht werden könne, welche zwar nicht in der Impubertät ſtehen, jedoch ſonſt eine Unfähigkeit haben, ſich ein Teſtament zu verfertigen Seip. de ſubſt. exempl. quoad deſcend. mente capt. haud condit. Willenb. de ſubſt. exempl. de Fuys, Boſſchaert de ſubſt. quaſi pupill. Baſtide de Subſtitut. Iuſtinian. Gruber de ſubſtit. exempl. fratrum atque ſoror. Meier de ſubſtit. mente captor. L. 9. C. de Impub. et al. ſubſt. Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, vt ſi filium, nepotem, vel pronepotem cujuscunque ſexus habeant, nec alia proles deſcendentium eis ſit, iſte tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo ſit, vel ſi duo vel plures iſti fuerint, nullus eorum ſapiat: liceat hisdem parentibus legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint, his ſubſtituere: vt occaſione hujusmodi ſubſtitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra teſtamentum eorum oriatur: ita tamen, vt, ſi poſtea reſipuerit, vel reſipuerint, talis ſubſtitutio ceſſet. Vel ſi filia aut alii deſcendentes ex hujusmodi mente capta perſona ſapientes ſint: non liceat parenti, qui vel quae teſtatur, alios, quam ex eo deſcendentes, vnum, vel certos, vel omnes ſubſtituere. Sin vero etiam liberi teſtatori, vel teſtatrici ſint ſapientes, ex his vero perſonis, quae mente cap-

tae

tae ſint, nullus deſcendat, ad fratres eorum, vnum, vel certos, vel omnes, eamdem fieri ſubſtitutionem oportet. §. 1. J. de pupill. ſubſt. Qua ratione excitati etiam conſtitutionem poſuimus in noſtro Codice, qua proſpectum eſt, vt, ſi qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes cujuscunque ſexus vel gradus, liceat eis, etſi puberes ſint, ad exemplum pupillaris ſubtitutionis, certas perſonas ſubſtituere, ſin autem reſipuerint, eamdem ſubſtitutionem infirmari ſancimus: et hoc ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, quae, poſtquam pupillus adoleverit, infirmatur. Dieſe zur Nachahmung der Pupillar-Subſtitution eingeführte Subſtitution bey Kindern, welche blödſinnig ſind, wird mit Recht auf Raſende, und alle andere zum Teſtiren unfähige Perſonen ausgedehnt, als Taube und Stumme, erklärte Verſchwender u. ſ. w. Dies beweiſt beſonders die vorige Stelle der Pandecten, welche von allerley Unfähigen redet, und dafür dieſe Conſtitution nur das zu gemeinem Rechte gemacht hat, was ſonſt eine Diſpenſation war. Sie heiſt quaſi pupillaris, exemplaris und Iuſtinianea. Man muß, um ihre Natur zu erklären, allemal das Muſter vor Augen haben, wornach ſie gebildet iſt, nemlich die Pupillar-Subſtitution. Nur weicht ſie von dieſer in einigen Puncten ab. Zuvörderſt hat, wie der Codex mit den Worten: qui vel quae teſtatur deutlich ſagt, nicht nur der Vater, ſondern auch die Mutter, und alle männliche und weibliche Aſcendenten haben, das Recht, den Kindern, welche ihre unmittelbaren Erben ſind, ein Teſtament zu machen. Wenn Vater und Mutter zugleich am Leben, und beyde quaſi pupillariſch ſubſtituiren wollen, ſo meinen einige, daß der Vater vorgehe, andere daß beyder Theile Subſtitutionen gelten, nur eines jeden Theils Verordnung gelte von den Gütern, die ſich von ihm herſchreiben. Die leztere Meynung hat wider ſich, daß zweyerley Teſtamen-

ſtamente über einerley Vermögen nicht beſtehen können, und kein Teſtament nur einen Theil des Vermögens betreffen kann. Die erſtere hingegen benimmt der Mutter ein Recht, das ihr doch eben ſo, wie dem Vater gegeben iſt. Billig ſollten beyderley Subſtituten, ohne Unterſchied des Vermögens gleiche Rechte haben. Zweyerley Erben können hier wohl neben einander beſtehen, da ſchon ehemals die Praetores bonorum poſſeſſionem aus Teſtamenten ertheilten, die neben einander vorhanden waren. Der Vater kann, nach dieſen Grundſätzen, auch ſolchen Kindern quaſi pupillariſch Erben ernennen, welche nicht mehr unter ſeiner Gewalt ſtehen. Ferner ſoll der Teſtirer nicht die Freyheit haben, hier, wie bey der Pupillar-Subſtitution, die nächſten Inteſtat-Erben ſchlechthin auszuſchlieſſen. Hat der Unfähige Kinder, ſo ſollen dieſe ihm zu Erben ernennt werden. Die Kinder ſollen vernünftig ſeyn. Sind ſie ebenfalls Gemüthskrank, ſo meint Retes bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 760. daß ihnen blos der Pflichttheil brauche vermacht zu werden. In Ermangelung der Kinder, ſoll man der Geſchwiſter, wenn dergleichen vorhanden ſind eingedenk ſeyn. Von dieſen brauchte nur eins oder einige genannt zu werden. Die übrigen kann man alſo übergehen. Vermuthlich ſoll aber doch, wenn der Unfähige Kinder hat, denen, welche man nicht zu hauptſächlichen Subſtituten macht, wenigſtens der Pflichttheil verlaſſen werden. Bey Geſchwiſtern würde ein Gleiches zu ſagen ſeyn, wenn eine ehrloſe Perſon ſubſtituirt worden. Wegen der Aſcendenten, ſo etwa vorhanden, hat Juſtinian nichts geſagt. Es kommt vermuthlich daher, weil ſolche in den damaligen Zeiten mit den Geſchwiſtern nicht gleiche Rechte hatten. Nachdem aber in der 118ten Novelle die Aſcendenten nicht nur mit den Geſchwiſtern gleiche Rechte erhalten haben, ſondern auch ihre Rechte nach der Novelle über das Recht der Geſchwiſter erhö-

het ſind; ſo würden ſie nun nicht weiter übergangen werden dürffen, ſondern bey vorhandenen vollbürtigen Geſchwiſtern müßten ſie wenigſtens den Pflichttheil erhalten, wenn man das Uebrige dem Geſchwiſter zuwenden wollte. Dagegen man in ſolchem Falle auch mit Uebergehung der Geſchwiſter den Aſcendenten zum Haupt-Erben machen könnte. Otto Comm. ad Inſt. p. 285. In Ermangelung ſolcher Geſchwiſter müſten ſie Haupt-Erben werden. Es verſteht ſich jedoch, daß dieſe nächſten Verwandten keine rechtmäſige Urſach zur Enterbung gegeben haben müſſen. Wenn vollbürtige Geſchwiſter vorhanden, ſo betrift die Verordnung dieſe allein, mit Ausſchlieſſung der Halb-Geſchwiſter. In Ermangelung der erſteren, wäre ſie auf die leztere ebenfalls zu ziehen. Den Unfähigen, welchen das Teſtament gemacht wird, ſoll endlich wenigſtens der Pflichttheil vermacht, ſie ſollen alſo zu Erben ernannt werden. Man ſoll ſie nicht übergehen, oder enterben. Dies iſt natürlicher Weiſe wieder dergeſtalt zu verſtehen, daß die Uebergehung und Enterbung derſelben alsdenn nur nicht geſchehen kann, wenn ſich nicht die Umſtände ſo finden, daß dergleichen Uebergehung oder Enterbung nach aller Form der Nov. 115. c. 3. geſchehen darf, und ſolche mit der Form dieſer Novelle auch würklich geſchieht. Toullieu Collectan. Diſſ. 14. Vtrum filio exhered. poſſit exemplar. ſubſtit. Daß die Subſtitution nur ſo lange dauert, als die Unfähigkeit währt, fließt aus dem Grunde dieſer Subſtitution von ſelbſt. Ingleichen iſt ausgemacht, daß, wenn Umſtände eintreten, unter welchen des Kindes Teſtament ungültig werden müſte, wenn es ſich auch ſelbſt dergleichen verfertigt hätte, die quaſi Pupillar-Subſtitution ebenfalls hinwegfalle. Sollte der Verrückte nach dem Tode des Teſtirers ſeinen Verſtand eine Zeitlang wieder erhalten haben, jedoch nach der Zeit wieder in den vorigen unglücklichen Zuſtand verfallen ſeyn; ſo bleibt die

Subſtitution dennoch gültig, da ſie es einmal durch die Geneſung geworden war. Sind die Kinder der Unfähigen wieder unfähig, ſo kann die Subſtitution auch auf dieſe mit ausgedehnt werden. Es iſt die Frage, ob auch den Unfähigen quaſi pupillariſch ſubſtituirt werde, wenn ſie noch in der Impubertät ſind. Dieſe möchte zu bejahen ſcheinen, weil §. 1. J. ſagt: etſi puberes ſint, welches alſo impuberes mit einzuſchlieſſen ſcheint. Aber dieſe Worte ſind blos darum gebraucht, weil man vorher noch keine andere jure communi eingeführte Pupillar-Subſtitution gehabt hatte, als welche für impuberes geſchahe. Da nun der Impuberum wegen die Pupillar-Subſtitution eingeführt iſt: ſo fällt bey ihnen die quaſi Pupillar-Subſtitution billig weg. Uebrigens kann ohne Zweifel die Pupillar-Subſtitution mit der quaſi pupillariſchen verbunden werden.

Fünftes Kapitel.

Privlegirte Teſtamente.

Erſte Abtheilung.

Militäriſches Teſtament.

Erſter Abſchnitt.

Unter welchen Umſtänden es ſtatt habe.

§. 725. Natur der privilegirten Teſtamente. §. 726. Vom Militäriſchen Teſtamente überhaupt. §. 727. Etymologie von Miles. §. 728. Von welcher Zeit das Soldatenrecht angehe. §. 729. Die, auſſer dem Soldaten, dem Heere folgen, haben nicht völlig die Vorrechte des Soldaten. §. 730. Wiefern ſie militäriſche Teſtamente machen können. §. 731. Teſtamente des verabſchiedeten Soldaten. §. 732.

Ein Codicill das nach erhaltenem Abſchiede gemacht iſt, iſt nicht privilegirt, wenn auch das dazu gehörige Teſtament vor dem Abſchiede im Kriege gemacht iſt. §. 733. Von der in dieſem Falle den Legatis abzuziehenden Falcidia. §. 734. Nach dem Abſchiede geſchieht die Wiederruffung des Teſtaments vom Soldaten, wie von andern Leuten. §. 735. Der Verabſchiedete kann nicht mehr pro parte teſtatus verſterben. §. 736. Wiefern der Verabſchiedete über das Peculium caſtrenſe teſtiren könne. §. 737. Privilegium über das Peculium quaſi caſtrenſe zu teſtiren. §. 738. Der Soldat muß im Felde ſeyn. §. 739. Wer dies eingeführt. §. 740. Wohin das privilegium peculii caſtrenſis und quaſi caſtrenſis gehe.

§. 725.

Die privilegirten Teſtamente ſind der ordentlicher Weiſe vorgeſchriebenen Feyerlichkeiten nicht benöthiget Wernh. de teſtam. et codicill. privil. Sie ſind aber in Anſehung ihrer Vorrechte ſtufenweis unterſchieden. Daher von jeder Art derſelben beſonders zu reden. d'Aurange, Lulof, Stryk, de teſtam. privilegiat. Ayrer de teſtam. min. ſolenn. coram vno nuncup. probat. jurejur. hered. ſuppl. Felz de teſtam. praeter milit. privileg.

§. 726. Unter den privilegirten Teſtamenten iſt das, welches von Kriegsleuten und in der Kriegsgefahr gemacht wird, das allerprivilegirteſte Baron, Felz, Berger, Durand, Fennema, Streit, v. Cleef, Geibel, v. Hemert, de teſtam. milit. Hommel de exig. different. int. teſtam. milit. et teſtam. pagani in hoſtico cond. Koenig quamdiu vel teſtam. mil. Harppr. de teſtam. pagani in hoſtico cond. Tulleken de privil. c. teſtam. milit. Der Stand des Soldaten, und die Umſtände, unter welchen er ſich zur Zeit des Teſtaments befindet, kommen dabey zugleich in Anſchlag.

§. 727.

§. 727. Es gehört alſo dazu ein Soldat. Bey dieſer Gelegenheit haben die ältern Rechtslehrer ſich mit der Herleitung der lateiniſchen Benennung, miles beſchäftiget. L. 1. §. 1. de teſtam. milit. Miles autem appellatur vel a militia, id eſt, duritia, quam pro nobis ſuſtinent: aut a multitudine: aut a malo, quod arcere milites ſolent: aut a numero mille hominum, ductum a graeco verbo, tractum a tagmate. Nam graeci mille hominum multitudinem τάγμα appellant, quaſi milleſimum quemque dictum. Vnde ipſum ducem χυλίαρχον appellant. Exercitus autem nomen ab exercitatione traxit.

§. 728. Der Soldat muß ſchon zu dieſem Stande ausgehoben und eingeſtellt ſeyn, oder in dem Begriffe ſeyn, daß er jezt eingekleidet werden ſoll. L. 42. de teſtam. milit. Ex eo tempore quis jure militari incipit poſſe teſtari, ex quo in numeros relatus eſt: ſinte non. Proinde qui nondum in numeris ſunt, licet etiam lecti tirones ſint, et publicis expenſis iter faciunt, nondum milites ſunt. Debent enim in numeros referri. L. 43. eod. Filiusfamilias equeſtri militia exornatus, et in comitatu principum retentus, cingi confeſtim juſſus, teſtamentum de caſtrenſi peculio facere poteſt. Man nahm die Enrollirung nicht eher vor, bis die Vereidung und Einſtellung geſchehen ſollte. Wenn ſie alſo zum Sammelplatz reiſeten, um erſt, nach dem ſie tüchtig befunden wurden, oder nicht, eingeſtellt oder wieder fortgeſchickt zu werden, waren ſie noch keine Soldaten. Wenn der Reuter ſeinen Degen erhielt, denn erſt war er Reuter.

§. 729. Die, welche dem Heere mit zu folgen pflegen, und bey ſelbigem Verrichtungen haben, jedoch nicht eigentliche Soldaten ſind, und nicht gegen den Feind mit ſtreiten, haben das Privilegium des militariſchen Teſtaments an ſich, und auf den Fuß, wie die

Soldaten, nicht. L. 16. C. de teſt. mil. Scriniarios vel apparitores, qui virorum magnificorum, magiſtrorum militum, juſſionibus vel actibus obtemperant: etſi nomina eorum matriculis militaribus referri videantur, nullatenus tamen in vltimis a ſe conficiendis voluntatibus juris militaris habere facultatem decernimus. Diejenigen, welche die Heerführer zur Schreiberey gebrauchen, die alſo das Archiv oder Canzley, ſcrinia, derſelben unter ſich haben, und dabey dienen, heiſſen ſcriniarii, apparitores. Sie ſtehen in Pflicht. Dies aber macht ſie nicht zu Soldaten, die gegen den Feind ſtreiten.

§. 730. Doch können diejenigen von den Neben-Perſonen des Heeres, welche demſelben folgen, wenn ſie ſich mit demſelben in Feindes Lande befinden, ein militäriſches Teſtament machen, welches alsdenn gilt, wofern ſie daſelbſt ſterben. L 44. de teſt. mil. Reſcripta principum oſtendunt, omnes omnino, qui ejus ſunt gradus, vt jure militari teſtari non poſſint, ſi in hoſtico deprehendantur, et illic decedant: quomodo velint, et quo modo poſſint, teſtari: ſive praeſes ſit provinciae, ſive quis alius, qui jure militari teſtari non poteſt. In hoſtico deprehendi, heiſt nicht, im Handgemenge mit den Feinden, oder von ihnen umſchloſſen, in Todes-Gefahr ſich befinden, wie es viele Erklärer verſtehen. Man ſehe Briſſonius d. V. S. und andere Wörterbücher. Hoſticum heiſt ſo viel als hoſticus locus oder ager d. i. Feindes-Land. Elend haben die Baſilicae die Worte: ſi in hoſtico deprehendantur überſezt: εαν εν τω πολεμω καταληφθεντες αποθανωσι ſi in bello capti decedant.

§. 731. Wenn der Soldat des Dienſtes entlaſſen, und alſo kein Soldat mehr iſt, hat er kein Privilegium zu un-

unförmlichen Teſtamenten weiter, ſondern nun macht er ſolche wie andere Teſtirer. L. 20. pr. de teſt. mil. Tribunus militum, ſi intra dies certos, quam ſucceſſor ejus in caſtra venerat, manens in caſtris codicillos fecerit, et ibi deceſſerit: quoniam deſinit militis loco haberi, poſtquam ſucceſſor ejus in caſtra venit: ideo communi jure civium Romanorum codicilli ejus aeſtimandi ſunt.

§ 732. Wofern der Soldat im Dienſt ſein Teſtament gemacht hat, hernach aber, da er ſchon ſeinen Abſchied erhalten noch Codicille macht; ſo ſind leztere nach den gewöhnlichen Grundſätzen zu beurtheilen, und haben kein beſonder Privilegium, wenn ſie auch in dem vorhergegangenen militariſchen Teſtamente beſtätiget wären. L. 17. §. 4. de teſt. mil. Si miles teſtamentum in militia fecerit, codicillos poſt militiam, et intra annum miſſionis moriatur: pleriſque placet, in codicillis juris civilis regulam ſpectari debere, quia non ſunt a milite facti. Nec ad rem pertinere, quod teſtamento confirmati ſunt. Ideoque in his legatis, quae teſtamento data ſunt, legi Falcidiae locum non eſſe. At in his, quae codicillis ſcripta ſunt, locum eſſe. Dieſe Stelle beſtärkt den von mir in einer beſondern Abhandlung ausgeführten Satz, daß die im Teſtamente beſtätigten Codicille keinesweges als ein Theil des Teſtaments anzuſehen ſind. Weil die Codicille ehemals keine äuſſere Feyerlichkeit hatten, ſo erläutert der Juriſt den Unterſchied mit der Falcidia. Nachdem aber auch eine äuſſere Form den Codicillen gegeben worden, ſo würde er ſagen: das Teſtament erfordert keine äuſſere Form, aber die nach dem Abſchied gemachten Codicille müſſen, wenn ſie auch im Teſtamente beſtätigt ſind, ihre eigene äuſſere Form haben.

§. 733. Weil alſo bey dem Codicill die Falcidia ſtatt findet, nicht aber bey dem Teſtamente, ſo beſchäftigt ſich eine weitläufige Stelle mit deren Berechnung in ſolchem Falle. L. 18. pr. de teſt. mil. Si vero compoſita vtraque legata, tam quae teſtamento, quam quae codicillis data ſunt: quaeritur quatenus minuantur ea, in quibus Falcidia locum habet. Commodiſſime autem id ſtatuetur, vt ex vniverſitate bonorum in ſolidum ſolutis legatis quae teſtamento miles dederat: id, quod ſupererit, pro dodrante et quadrante dividatur inter heredes, et eos, quibus codicillis legata data ſunt. §. 1. eod. Quid ergo, ſi conſumunt vniverſorum bonorum quantitatem legata, quae teſtamento data ſunt: vtrum nihil ferent hi, quibus codicillis legatum eſt, an aliquid? Et quoniam, ſi adhuc miles haec quoque legaſſet, contribuebantur omnia, et pro rata ex omnibus decedebat ea portio, quam amplius legaverat, quam in bonis habuerat; nunc quoque idem fiat. Deinde conſtituta quantitate legatorum, quae codicillis data ſunt, ex ſumma, quae efficiebatur debita, ſi aequo jure omnia deberentur, quartam deducat his ſolis, quibus codicillis legata ſunt. §. 2. eod. Quod ſi, poſt vtraque legata ſolida computata, deprehenderetur, quod remaneat apud heredem, non tamen ſufficiens quartae eorumdem legatorum: quod ei deeſt, detrahatur his ſolis, quibus codicillis legata data ſunt. Die Weitläuftigkeit war gar nicht nöthig. Der Juriſt hätte ſich ganz kurz faſſen können Die Legata im Teſtamente und im Codicill werden zuſammen gerechnet, und gegen den ganzen Nachlaß gehalten, alſo darnach die Falcidia des Erben gefunden, und es wird dergeſtalt herausgebracht, ob der Erbe in der Falcidia verlezt ſey oder nicht. Iſt er verlezt, ſo zieht er, was ihm fehlt, pro rata jedem Legatario ab, doch den Legatariis aus dem Teſtamente wird ihr Contingent erlaſſen. Erſchöpfen die Legata

gata zuſammen genommen nicht nur den Nachlaß, ſondern gehen auch über denſelben hinaus; ſo muß zuvörderſt das jus decreſcendi bis dahin ausgeübt werden, daß die Legata den Nachlaß nicht mehr überſchreiten. Iſt ſolches geſchehen; ſo fehlt nun noch dem Erben die ganze Falcidia. Zu dieſer müſſen die Legatarii des Codicills pro rata abgeben, dagegen die Ratae der Teſtaments Legatarien hinwegfallen.

§. 734. Daher, weil der aus dem Dienſt gekommene Soldat an die äuſſere Form gebunden iſt, gilt auch ſeine ohne alle Form geſchehene Widerrufung des Teſtaments nicht, ſondern die Würkung dieſer Willens Aenderung iſt hier eben dieſelbe, wie bey andern Teſtirern. L. 36. §. 3. de teſt. mil. Veteranus moriens teſtamentum jure communi, tempore militiae factum irritum eſſe voluit: et inteſtatus eſſe maluit. Heredum inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodem ſtatu manſiſſe placuit. Legata vero petentes, exceptione doli mali ſecundum jus commune ſummoveri. Cujus exceptionis vires ex perſona petentis aeſtimantur. Et alioquin potior eſt, in re pari, cauſa poſſeſſoris. Daß das Teſtament mit den Feyerlichkeiten des gemeinen Rechts gemacht war, iſt ein Umſtand, darauf hier nichts ankommt. Es würde eben die Entſcheidung gegeben ſeyn, wenn das Teſtament auf militäriſche Art gefertigt geweſen wäre. Ein Teſtament muß nach gewöhnlicher Art widerrufen werden, wenn kein Privilegium zum Gegentheil da iſt. Weil ſolches hier nicht geſchehen war ſo blieb die Erbeinſetzung bey Kräften. Wenn hingegen Legata auch ohne alle Feyerlichkeit widerrufen worden, ſo waren ſie zwar nicht ipſo jure aufgehoben, man konnte jedoch den Legatarien exceptionem doli mali entgegen ſtellen. So war es bey allen Teſtirern, folglich auch bey dem Soldaten. Dieſe Exception ſezt aber

voraus, daß der Legatarius noch nicht in Beſitz iſt, ſondern erſt auf das Legat klagen muß. (Exceptionis vires ex perſona petentis aeſtimantur). Iſt er ſchon in Beſiz, ſo behält er doch, was er ſchon hat (potior eſt cauſa poſſeſſoris). Er hat das Teſtament für ſich. Der Erbe gründet ſich auf den Wiederruf. Alſo haben beyde etwas, ſo ſie anführen können. (Sunt in re pari). A. Faber meint, es komme hier allerdings ſehr darauf an, daß das erſtere Teſtament jure communi gemacht geweſen. Wenn es jure militari verfertigt worden, würde die Entſcheidung ganz anders ausgefallen ſeyn. Ex perſona petentis zieht er darauf, daß nur Legatarien, nicht Erben, die Exception entgegen geſtellt werden könne, da doch wie ſchon geſagt, dieſe Worte vielmehr wollen, daß die Exception nur denn gebraucht werden könne, wenn der Gegentheil Kläger iſt. Unter poſſeſſor verſteht er wieder den Erben; potior eſt cauſa poſſeſſoris heiſſe: der Erbe hat mehr Recht, als der Legatarius Err. pragm. D. 39. E. 8.

§. 735. Aus gleichem Grunde, nemlich, weil der Verabſchiedete kein militariſches Teſtament mehr machen kann, iſt es ihm nun nicht mehr erlaubt, blos über einen Theil ſeines Vermögens ein Teſtament zu machen. L. 13. §. 1. de teſt. mil. Sed ſi jam veteranus deceſſit, vniverſa bona, etiam paterna, ad heredem pertinere caſtrenſium, Marcellus libro vndecimo digeſtorum ſcribit. Neque enim jam potuit de parte bonorum teſtari.

§. 736. Das Einzige bleibt dem Soldaten, daß er über ſeine Caſtrenſia auch nach dem Abſchiede noch teſtiren kann, wenn er gleich unter väterlicher Gewalt ſteht. Aber auch dieſes war dem, der mit Ehrloſigkeit vom Regiment gejagt worden, nicht geſtattet. L.

26. §. 1. de teſt. mil. Ius teſtandi de caſtrenſi peculio, quod filiisfamilias teſtantibus conceſſum eſt, ad eos, qui ignominiae cauſa miſſi ſunt, non pertinet. Quod hoc praemii loco merentibus tributum eſt.

§ 737. Dieſes Privilegium, welches der Soldat auſſer dem Felde, und nach erhaltenen Abſchiede noch behält, daß er nemlich, der våterlichen Gewalt ohnerachtet, teſtiren kann, hat auch der, welcher ein peculium quaſi caſtrenſe beſitzt. Er iſt aber übrigens ebenfalls auf die Form und Erforderniſſe des gemeinen Rechts gewieſen. §. 6. J. de mil. teſt. Sciendum tamen eſt, quod cum, ad exemplum caſtrenſis peculii, tam anteriores leges, quam principales conſtitutiones, quibusdam quaſi caſtrenſia dederant peculia, et horum quibus permiſſum fuerat etiam in poteſtate degentibus teſtari, noſtra conſtitutio id latius extendens, permiſerit omnibus in hujuscemodi peculiis teſtari quidem, ſed jure communi. Cujus conſtitutionis tenore perſpecto, licentia eſt, nihil eorum, quae ad praefatum jus pertinent, ignorare. Anteriores leges ſind die Verordnungen der Kayſer, wovon die Pandecten beſagen. Principales conſtitutiones ſind, die Verordnungen des Codex. Alle dieſe Verordnungen privilegirten noch nicht das peculium quaſi caſtrenſe in ſeinem ganzen Umfange zur Teſtaments-Fähigkeit. Das that erſt Juſtinian.

§ 738. Auſſer dem Stande eines würklichen Soldaten iſt aber zu dem Privilegio des Teſtaments, wenn es vollkommen ſeyn ſoll erforderlich, daß ſich der Soldat ſchon auf dem Feldzuge befinde. L. 17. C. de teſt. mil. Ne quidam putarent, in omni tempore licere militibus teſtamenta, quoquo modo voluerint, componere: ſancimus his ſolis, qui in expeditionibus occupati ſunt, memo-

memoratum indulgeri circa vltimas voluntates conficiendas beneficium.

§. 739. Dies Erforderniß hat aber Juſtinian erſt eingeführt, wie pr. J. de milit. teſt. zu erſehen. Supra dicta diligens obſervatio in ordinandis teſtamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum conſtitutionibus principalibus remiſſa eſt. Nam quamvis ii neque legitimum numerum teſtium adhibuerint, neque aliam teſtamentorum ſolennitatem obſervaverint recte nihilominus teſtantur, videlicet cum in expeditionibus occupati ſunt. Quod merito noſtra conſtitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus ſuprema inveniatur, ſive ſcripta, ſive ſine ſcriptura, valet teſtamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quae citra expeditionum neceſſitatem in aliis locis, vel ſuis aedibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed teſtari quidem, etſi filii familiarum ſint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem obſervatione et in eorum teſtamentis adhibenda, quam in teſtamentis paganorum proxime expoſuimus. Daß in den Winterquartieren und Garniſonen die Soldaten ihr Privilegium nicht haben, lehrt dieſe Stelle und Theophilus, ſo deutlich, daß es zu verwundern, wie die Erklärer des Theophilus ſolches dennoch leugnen können. Daher die ſchon L. 1. und L. 15. C. de teſt. milit. erſichtlichen Spuren dieſes Erforderniſſes für Tribonianismen zu halten. Otto Comm. ad Inſtit. p. 254.

§. 740. Wer ein peculium caſtrenſe, vel quaſi hat, kann darüber zwar auch teſtiren, ohne ſich auf einen Feldzuge zu befinden. Er muß aber alle äuſſere Feyerlichkeit beobachten. In Anſehung der innern hat er nur einige Freyheiten.

Zwey-

Zweyter Abſchnitt.

Seine Vorrechte.

Erſte Rubrik.

In Anſehung des Teſtaments überhaupt, auch der Perſon des Erblaſſers und Erben.

§. 741. Vorrechte der militäriſchen Teſtamente überhaupt. §. 742. Wer ſie ertheilt hat. §. 743. Der Soldat hat ſeine Vorrechte des militäriſchen Teſtaments, wenn er auch in gemeiner Form ohne Nothwendigkeit teſtiren wollen. §. 744. Ein älteres unförmliches Teſtament von Zeiten, wo es nicht gegolten hätte, kann durch ein militäriſches beſtätigt werden. §. 745. Ein ernſter Wille zu teſtiren, muß vorhanden ſeyn. §. 746. Ob ein Zeuge dabey hinlänglich. §. 747. Die mündliche Erklärung gilt, wenn ſie auch ſchriftlich gefaßt werden ſollen, dies aber verhindert worden. §. 748. Beym Irrthum des Soldaten befolgt man ſeinen wahren Willen. §. 749. Der Soldat kann pro parte teſtatus ſterben, und mehrere Teſtamente machen, die neben einander gelten. (§. 763.) §. 750. Wenn von 2 Teſtamenten des Soldaten nur eins gilt, ſo bekommt der in dieſem ſtehende Erbe alles, und aus dem ungültigen fallen auch die Legata weg. §. 751. Der Soldat konnte teſtiren, wenn er gleich taub oder ſtumm war. §. 752. Vom Teſtamente des Soldaten, der unter väterlicher Gewalt ſteht, oder der noch glaubt darunter zu ſtehen. Teſtament des Soldaten über die peculia. §. 753. Des Soldaten Teſtament bleibt gültig, wenn er auch in der Folge unter väterliche Gewalt kommt. §. 754. Wiefern der verurtheilte Soldat teſtiren können. §. 755. Ein Soldat kann in der Impubertät nicht teſtiren. §. 756. In der Kriegsgefangenſchaft ebenfalls nicht. §. 757. Wiefern der Soldat Verurtheilte zu Erben ernennen könne. §. 758. Liederliche Menſcher darf er nicht ernennen. §. 759. Ingleichen Knechte, die der Freyheit unfähig ſind. §. 760. Das SCtum Libonianum gilt auch von militäriſchen Teſtamenten.

§. 741.

§. 741.

Wenn alle Umſtände zuſammen kommen, wie ſie ſeyn müſſen, ſo iſt das Teſtament ſo privilegirt, daß gar keine innere oder äuſſere Feyerlichkeit dazu erfordert wird. Vlp. Fragm. Tit. 23. §. 10. Milites quomodocunque fecerint teſtamenta, valent, id eſt, etiam ſine legitima obſervatione. Nam principalibus conſtitutionibus permiſſum eſt illis, quomodocunque vellent, quomodocunque poſſent teſtari: idque teſtamentum quod miles contra juris regulam fecit ita demum valet, ſi vel in caſtris mortuus ſit, vel poſt miſſionem intra annum. Papiani Lib. reſponſor. tit. 44. Militibus vero aliter ſi velint teſtamentum facere, permiſſum eſt, quibus licet et ſine competenti teſtium numero teſtari, et filios praeterire, nec inofficioſi querela eorum conſtat teſtamenta poſſe dirrumpi. L. 2. de teſtam. milit. De militis teſtamento ideo ſeparatim proconſul edicit, quod optime novit, ex conſtitutionibus principalibus propria atque ſingularia jura in teſtamento eorum obſervari. L. 35. eod. Miles ſi teſtamentum imperfectum relinquat: ſcriptura, quae profertur, perfecti teſtamenti poteſtatem obtinet. Nam militis teſtamentum ſola perficitur voluntate. Quique plura per dies varios ſcribit, ſaepe facere teſtamentum videtur. L. 14. C. eod. Si a fratre ſuo militante mater veſtra ſcripta heres ſucceſſionem ejus ſibi quaeſivit: quamvis teſtamenti ſcriptura non contineat juris obſervationem: tunc tamen hereditatem fratrem teſtatoris, vel ejus filios ab inteſtato evincere non potuiſſe, jure conſtitit.

§. 742. Die Freyheiten der militäriſchen Teſtamente haben, nach den teſtamentis in procinctu, von Iul. Caeſar ihren Anfang genommen, und ſind von Zeit

zu

zu Zeit verändert und vermehrt worden. L. 1. pr. de teſtam. milit. Militibus liberam teſtamenti factionem primus quidem Divus Iulius Caeſar conceſſit. Sed ea conceſſio temporalis erat. Poſtea vero primus Divus Titus dedit. Poſt hoc Domitianus. Poſtea Divus Nerva pleniſſimam indulgentiam in milites contulit. Eamque et Trajanus ſecutus eſt. Et exinde mandatis inſeri coepit caput tale. Caput ex mandatis: Cum in notitiam meam prolatum ſit, ſubinde teſtamenta a commilitonibus relicta proferri, quae poſſint in controverſiam deduci, ſi ad diligentiam legum revocentur, et obſervantiam, ſecutus animi mei integritudinem erga optimos fideliſſimosque commilitones, ſimplicitati eorum conſulendum exiſtimavi, vt quoquomodo teſtari fuiſſent, rata eſſet eorum voluntas. Faciunt igitur teſtamenta, quo modo volent: faciant quomodo poterint. Sufficiatque ad bonorum ſuorum diviſionem faciendam nuda voluntas teſtatoris.

§. 743. Der Soldat hat ſein Privilegium nicht nur alsdenn, wenn er ſich deſſelben bewuſt geweſen, und ſich deſſen bey ſeinem Teſtamente bedienen wollen, ſondern auch denn, wenn er auf die Art, wie andere, mit gewöhnlicher Feyerlichkeit teſtiren wollen, aber in ſolcher Form etwas verſehen. L. 3. de teſtam. milit. Si miles, qui deſtinaverat communi jure teſtari, ante defecerit, quam teſtaretur: Pomponius dubitat. Sed cur non in milite diverſum probet. Neque enim, qui voluit jure communi teſtari, ſtatim beneficio militari renunciavit. Nec credendus eſt quisquam genus teſtandi eligere ad impugnanda ſua judicia. Sed magis vtroque genere voluiſſe propter fortuitos caſus, quemadmodum plerique pagani ſolent, cum teſtamenta faciunt per ſcripturam, adjicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere. Quisquam dixerit: ſi imperfectum

ſit

ſit teſtamentum, codicillos non eſſe? Nam ſecundum noſtram ſententiam etiam Divus Marcus reſcripſit. Quisquam dixerit etc. heiſt: ob man gleich auch hier ſagen könnte, es müſſe die Sache als Teſtament beurtheilt werden, wenn man dergleichen und nicht ein Codicill machen wollen; ſo hat doch Kayſer Marcus ein anders entſchieden. Einige leſen. Nec quisquam dixerit, welches auch beſſer zu ſeyn ſcheint Iauch. de negation. p. 258.

§. 744. Die Freyheiten des militäriſchen Teſtaments erſtrecken ſich auch auf dasjenige, ſo der Soldat entweder ehe er Soldat wurde, oder ehe es zum Feldzuge kam, gemacht hat, ſo er aber hernach, da er als Soldat den Zug antrat, beſtättiget hat. L. 9. §. 1. de teſtam. milit. Vt eſt reſcriptum a Divo Pio in eo, qui, cum eſſet paganus, fecit teſtamentum: mox militare coepit. Nam hoc quoque jure militari incipiet valere, ſi hoc maluit miles. L. 15. §. 2. eod. Teſtamentum ante militiam factum a milite, ſi in militia deceſſerit, jure militari valere, ſi militis voluntas contraria non ſit, Divus Pius reſcripſit. L. 20. §. 1. eod. Cum aliquis, facto teſtamento, militare coeperit: id quoque teſtamentum, quod, antequam militare coeperit, fecerat, aliquo caſu intelligitur militiae tempore factum. Veluti ſi tabulas inciderit, et legerit teſtamentum ac rurſus ſuo ſigno ſignaverit. Amplius ſi et aliquid interleverit, perduxerit, adjecerit, emendaverit. Quodſi nihil horum inciderit, teſtamentum ejus ad privilegia militum non pertinebit. L. 25. eod. Titius prius, quam tribunus legionis factus eſſet, teſtamentum fecit. Et poſtea cinctus, manente eodem, defunctus eſt. Quaero, an militis teſtamentum videatur eſſe. Marcellus reſpondit. Teſtamentum, quod ante tribunatum feciſſet, nihil ſi poſtea ab eo factum, dictum eſſe probare-

baretur, quod valere vellet, ad commune jus pertinet. Conſtitutionibus enim principum non militum teſtamenta, ſed quae a militibus facta ſunt, confirmantur. Sed plane feciſſe eum interpretandum eſt, qui ſe velle, teſtamentum, quod aliquo tempore fecerat, valere, aliquo modo declaravit. §. 4. J. de milit. teſtam. Sed et ſi quis ante militiam non jure fecit teſtamentum, et miles factus, et in expeditione degens, reſignavit illud, et quaedam adjecit, ſive detraxit, vel alias manifeſta eſt militis voluntas, hoc valere volentis, dicendum eſt, valere hoc teſtamentum, quaſi ex nova militis voluntate. Ohne einige Handlung der ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Beſtätigung im Felde gelten daher dieſe Teſtamente nicht nach militariſcher Art, obgleich eine und die andere Stelle dieſes Umſtandes nicht gedenkt. Der Kayſer Antoninus Pius muß dergeſtalt entſchieden, oder die Rechtsgelehrten müſſen ihn ſo verſtanden haben. Balduin. ad reg. Caton. Ipr. R. et A. Tom. 1. p. 430. meint, D. Pius habe L. 15. §. 2. des Julian Meynung in L. 20. §. 1. eingeſchränkt. Aber in der Folge und ſelbſt in den Inſtitutionen ſey man doch bey der Lehre des Julian geblieben. cf. Otto Comm. ad Inſt. p. 254.

§. 745. Feyerlichkeiten fallen bey militariſchen Teſtamenten ganz weg. Die weſentlichen Erforderniſſe der Vernunft müſſen jedoch vorhanden ſeyn. Der Teſtirer muß im Ernſt ſeinen lezten Willen erklärt und nicht blos ohne Abſicht etwas geredet haben. L. 24. de teſtam. milit. Divus Trajanus Statilio Severo ita reſcripſit: Id privilegium quod militantibus datum eſt, vt quoquo modo facta ab his teſtamenta rata ſint, ſic intelligi debet, vt vtique prius conſtare debeat, teſtamentum factum eſſe: quod et ſine ſcriptura et a non militantibus fieri poteſt. Si ergo miles, de cujus bonis

nis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, vt voluntatem ſuam teſtaretur, ita locutus eſt, vt declararet quem vellet ſibi eſſe heredem, et cui, libertatem tribuere: poteſt videri, ſine ſcripto hoc modo eſſe teſtatus. Et voluntas ejus rata habenda eſt. Caeterum ſi (vt plerumque ſermonibus fieri ſolet) dixit alicui: *Ego te heredem facio*: aut: *tibi bona mea relinquo* non oportet hoc pro teſtamento obſervari. Nec vllorum magis intereſt, quam ipſorum, quibus id privilegium datum eſt, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter poſt mortem alicujus militis teſtes exiſterent, qui adfirmarent, ſe audiſſe dicentem aliquem, relinquere ſe bona, cui viſum ſit. Et per hoc judicia vera ſubvertantur. §. 1. J. de milit. teſtam. Plane de teſtamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita reſcripſit: Id privilegium, quod militantibus datum eſt, vt quoquo modo facta ab his teſtamenta rata ſint, ſic intelligi debet, vt vtique prius conſtare debeat, teſtamentum factum eſſe: quod et ſine ſcriptura et a non militantibus quoque fieri poteſt. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, vt voluntatem ſuam teſtaretur, ita locutus eſt, vt declararet, quem vellet ſibi heredem eſſe, et cui libertatem tribueret: poteſt videri ſine ſcripto hoc modo eſſe teſtatus, et voluntas ejus rata habenda eſt. Caeterum ſi (vt plerumque ſermonibus fieri ſolet) dixit alicui: Ego te heredem facio, aut Bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro teſtamento obſervari. Nec vllorum magis intereſt, quam ipſorum, quibus id privilegium datum eſt, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter poſt mortem alicujus militis teſtes exiſterent, qui affirmarent, ſe audiſſe dicentem aliquem, relinquere ſe bona, cui viſum ſit; Et per hoc vera judicia ſubverterentur.

§. 746. Theophilus läßt ein militäriſch Teſtament gelten, wobey auch nur Ein Zeuge geweſen. Es iſt aber von einem ſchriftlichen Teſtamente zu verſtehen, dabey auch allenfalls gar kein Zeuge nöthig iſt. Ein Zeuge macht, daß ein Erfüllungs-Eyd gebraucht werden kann.

§. 747. Iſt der ernſtliche Wille erklärt, ſo iſt dem nachzugehen, geſezt, daß ſolcher auch niedergeſchrieben werden ſollen, der Soldat aber, nachdem er, was in die Feder gefaßt werden ſollen, geſagt hat, verſtorben iſt. L. 40. pr. de teſt. mil. Lucius Titius miles notario ſuo teſtamentum ſcribendum notis dictavit: et, antequam litteris praeſcriberetur, vita defunctus eſt. Quaero an haec dictatio valere poſſit. Reſpondi: militibus, quoquo modo velint, et quo modo poſſunt, teſtamentum facere conceſſum eſt. Ita tamen, vt hoc ita ſubſecutum eſſe, legitimis probationibus oſtendatur.

§. 748. Hat der Soldat geirrt, ſo wird dem nachgegangen, was er gewollt hat, nicht aber dem, was er aus Irrthum verordnet hat. L. 13. § 3. de teſt. mil. Si ſervum proprium, quem liberum eſſe crediſſet, miles heredem ſine libertate inſtituit: in ea conditione eſt, vt inſtitutio non valeat. L. 40. §. 2. eod. Idem reſpondit: Lucius Titius miles teſtamentum ita fecit: Pamphila ſerva mea ex aſſe mihi heres eſto. Alio deinde capite Sempronio commilitoni ſuo eamdem Pamphilam reliquit. Cujus fidei commiſit, vt eam manumitteret. Quaero, an heres eſſet Pamphila atque ſi directo accepiſſet libertatem. Reſpondi, intelligendum, militem, qui ancillam ſuam heredem inſtituerat, ignoraſſe, poſſe ex ea inſtitutione etiam libertatem ei competere. Et ideo ſine cauſa poſtea a commilitone

 petiſ-

petiſſe, vt eamdem manumitteret, cum ex priore ſcriptura libera et heres effecta eſt: poſtea nullo praejudicio voluntati facto, fruſtra legata eſt. Der Soldat gab ſeiner Magd die Freyheit blos dadurch daß er ſie zur Erbin ernennte, welches zur Zeit der Pandecten bey andern Teſtirern nicht war. Er wuſte aber ſeine Rechte nicht, brauchte daher, um ihr die Freyheit zu verſchaffen, den Umweg des Legats und Fideicommiſſes. Auf dieſes, was er aus Irrthum gethan, ſoll nicht geſehen werden, ſondern nur das befolgt werden, was er thun können und zur Abſicht gehabt. Die Worte: cum ex priore etc. hält Freher Veriſimili. bey Otto Theſ. Tom. 1. p. 919. für einen unächten Zuſatz.

§. 449. Ein Soldat kann über einen Theil ſeines Vermögens ein Teſtament machen, und den andern Theil ab inteſtato verlaſſen. Daher kann er auch mehr als Ein Teſtament machen. Wenn deren mehrere vorhanden ſind, und nicht erhellet, daß eins das andere aufheben ſoll, ſo gelten ſie neben einander. L. 19. pr. de teſt. mil. Quaerebatur, ſi miles qui habebat jam factum teſtamentum, aliud feciſſet, et in eo comprehendiſſet, fidei heredis committere, vt priores tabulae valerent, quid juris eſſet. Dicebam: Militi licet plura teſtamenta facere, Sed ſive ſimul fecerit, ſive ſeparatim, vtique valebunt, ſi hoc ſpecialiter expreſſerit. Nec ſuperius per inferius rumpetur, cum et ex parte heredem inſtituere poſſit: hoc eſt, ex parte teſtato, ex parte inteſtato decedere. Quinimo et ſi codicillos ante fecerat, poterit eos per teſtamentum ſequens cavendo, in poteſtatem inſtitutionis redigere, et efficere directam inſtitutionem, quae erat precaria. Secundum haec in propoſito referebam: ſi hoc animo fuerit miles ut valeret prius factum teſtamentum: id, quod cavit, valere oportere, ac per hoc effici, vt duo teſtamen-

menta ſint. Sed in propoſito cum fidei heredis committatur, vt valeat prius teſtamentum: apparet, eum non ipſo jure valere voluiſſe, ſed magis per fideicommiſſum, id eſt, in cauſam fideicommiſſi, et codicillorum vim prioris teſtamenti convertiſſe. §. 1. eod. Vtrum autem totum teſtamentum in eam cauſam converſum ſit, hoc eſt, et heredis inſtitutio, an vero legata tantum, et fideicommiſſa, et libertates, quaeritur. Sed mihi videtur non ſolum caetera praeter inſtitutionem heredis, ſed et ipſam inſtitutionem in cauſam fideicommiſſi vertiſſe: niſi aliud teſtatorem ſcripſiſſe probetur. In Codicillen waren verba precaria gewöhnlich, weil ehemals nur Fideicommiſſa darin verordnet werden konnten. Der Soldat konnte die im Codicill mit verbis precariis vorher gemachte Erb-Einſetzung in dem darauf folgenden Teſtamente verbis directis beſtättigen. Er konnte auch die verba directa, des erſten Teſtaments durch das zweyte in verba precaria, oder die Erbeinſetzung des erſten Teſtaments in ein Fideicommiß verwandeln. Dies iſt aber nichts beſonderes, weil es auch einem jeden andern zuſtändig iſt. cf. A. Faber Err. pragm. D. 71. E. 1. deſſen Erläuterung dieſer Stelle E. 2. auf Subtilitäten hinaus läuft. Die Worte: ſive ſimul ſive ſeparatim ea fecerit, hält Faber für einen Tribonianismus, da das ſimul ſich nicht gedenken laſſe, ingleichen die Worte: ſi hoc ſpecialiter expreſſerit, weil auch ohne dieſe ausdrückliche Verordnung beyde Teſtamente neben einander gelten. E. 4. Wenn mehrere Teſtamente neben einander gelten, ſo erben die Perſonen der verſchiedenen Teſtamente ſo neben einander, als wenn ſie in einerley Teſtamente ernannt wären. E. 5. Statt: id quod cavit lieſt Faber idque cavit E. 8. ſtatt: ſcripſiſſe probetur §. 1. lieſt er: ſenſus probetur. Die Erinnerungen haben aber ſämtlich wenig Grund.

§. 750. Wenn von den zweyen Teſtamenten des Soldaten, die neben einander gelten, das eine z. E. das neuere ungültig wird und doch das andere z. E. das ältere auf das ganze Vermögen geht, ſo bekommt der Erbe dieſes noch fortdaurenden Teſtaments alles. Die Anhänge des ungültigen Teſtaments aber gehen ihn nichts an, wenn der Teſtirer nicht einen Wink dazu gegeben hat, daß er ſolche übernehmen ſoll. L. 27. de teſt. mil. Centurio ſecundo teſtamento poſtumos heredes inſtituit, neque ſubſtitutos dedit. Quibus non additis ad ſuperius teſtamentum ſe redire teſtatus eſt. Caetera, quae ſecundo teſtamento ſcripſit, eſſe irrita placuit: niſi nominatim ea confirmaſſet, ad priorem voluntatem reverſus. Statt: Quibus non additis muß man leſen: Quibus non editis. Der Soldat hatte zwey Teſtamente zu verſchiedenen Zeiten gemacht. Im zweyten hatte er ſeine künftigen Kinder zu Erben ernannt. Auf den Fall, daß er dergleichen nicht bekommen ſollte, (quibus non editis) hatte er erklärt, daß dem erſten Teſtamente nachgegangen werden ſollte. Daß das erſte Teſtament, weil keine Kinder zur Welt kamen, wieder allein galt, hatte keinen Zweifel. Nur war die Frage, ob die Neben-Puncte des zweyten Teſtaments vom Erben des erſten anerkannt und beobachtet werden müſten. Dies wurde bey den Umſtänden verneinet, weil es der Teſtirer gewollt zu haben ſchien. Wenn dies nicht ſein Wille war, ſo hatte er als Soldat, die beygefügte Erklärung nicht nöthig. Die Urſach warum hier das zweyte Teſtament das erſte an ſich aufhob, ſezt A. Faber Err. pragm. D. 71. E. 7. darin, daß entweder das eine jure militari und das andere jure communi gemacht war, oder daß im zweyten Teſtamente Kinder ernannt waren. Man kann aber auch noch einen dritten Grund angeben, daß nemlich der Erblaſſer erklärt, auf den Fall nicht zur Welt kommender Kinder

der, ſolle das erſte Teſtament wieder gelten. Dies enthielt zugleich die Erklärung, daß bey gebohrnen Kindern das erſte nicht gelten ſollte. Alſo war dies ausdrücklich wiederrufen. Faber nimmt auch: editis, ſtatt: additis an. Die Urſach warum die Erhaltung der Onerum des zweyten Teſtaments beſonders verordnet ſeyn muſte, obgleich ſonſt legata inſtitutionis in ſubſtitutione als ſtillſchweigend wiederholt angeſehen werden, lag hier darin, daß die verordnete Gültigkeit des erſten Teſtaments auf den Fall nicht gebohrner Kinder keine Subſtitution war E. 8.

§. 751. Weil alles, was nicht die Vernunft erfordert, bey militäriſchen Teſtamenten wegfällt; ſo kann auch derjenige Soldat ein Teſtament machen, dem gewiſſe Eigenſchaften fehlen, die ein Teſtirer ſonſt haben muſte, welche aber die Vernunft nicht nothwendig macht. Da z. E. ehemals der, welcher taub und ſtumm war, wenn er gleich die Fähigkeit, mündlich oder ſchriftlich ſich zu erklären, hatte, kein Teſtament machen durfte, ſo fiel dieſes bei dem Soldaten weg. L. 4. de teſt. mil. Iure militari ſurdum et mutum teſtamentum facere poſſe ante cauſariam miſſionem, in numeris manentem, placuit. §. 2. J. de mil. teſt. Quin imo et mutus et ſurdus miles teſtamentum facere poteſt. Dieſer Punkt hört nun, als Privilegium, auf, da jeder Stumme und Taube, der ſchreiben oder reden kann, zum Teſtamente neuerlich gelaſſen wird. Die Verfaſſer der Inſtitutionen haben ſich der Verordnung des Juſtinian über dieſe Sache, welche doch ſchon damals erlaſſen war, nicht erinnert.

§. 752. Wenn ferner ein Soldat, der unter väterlicher Gewalt ſteht, eigenes Vermögen hat; ſo kann er darüber ein Teſtament machen. Jedoch iſt ſolches auf das peculium caſtrenſe eingeſchränkt, weil ehemals der Soldat kein

ander eigenes Vermögen hatte. In Anſehung des übrigen Vermögens galt das Teſtament alſo nur, wenn der Soldat durch den Tod des Vaters oder ſonſt von der väterlichen Gewalt befreyt war. Wenn ſich dieſes fand, ſo galt darüber das Teſtament, wenn gleich der Teſtirer zur Zeit der Verfertigung noch nicht, oder noch nicht gewiß, gewußt hatte, daß er aus der Gewalt des Vaters herausgekommen. L. 11. §. 1. de teſtam. mil. Si miles, incertus, an ſui juris ſit, teſtamentum fecerit: in ea conditione eſt teſtamentum ejus, vt valeat. Nam et, ſi incertus, an pater ſuus vivat, teſtamentum fecerit: teſtamentum ejus valebit. §. 2. eod. Si filiusfamilias, ignorans, patrem ſuum deceſſiſſe, de caſtrenſi peculio in militia teſtatus ſit: non pertinebunt ad heredem ejus patris bona: Sed ſola caſtrenſia L. 12. eod. Milites enim ea duntaxat, quae haberent, ſcriptis relinquunt L. 12. lehrt, daß damals der Soldat, auſſer dem peculio caſtrenſi, nichts eigenes haben konnte. Ueber das peculium caſtrenſe konnte er teſtiren, da auch der Vater noch lebte. Er hätte über das Uebrige auch teſtiren können, wenn der Vater todt geweſen wäre, ob er es gleich nicht gewiß wuſte. Er hatte aber darauf ſein Teſtament nicht gerichtet. Da nun der Vater doch wirklich todt war, der Sohn aber über das ererbte Vermögen nicht teſtirt hatte, weil er ſich dieſen Fall nicht vorgeſtellt, ſo fiel das ererbte Vermögen an des Soldaten Inteſtat-Erben, und der Teſtaments-Erbe bekam das peculium caſtrenſe, weil der Soldat beyderlei Erben neben einander haben kann. Nachdem das neuere Recht mehrere peculia eingeführt, wovon ein filiusfamilias Eigenthümer iſt, ſo iſt kein Zweifel, daß darüber im militäriſchen Teſtamente teſtirt werden kann.

§. 753. Weil auch die väterliche Gewalt dem Soldaten bey ſeinem militäriſchen Teſtamente nicht hinderlich iſt, ſo iſt

iſt begreiflich, daß ſein Teſtament, welches er, von ſolcher Gewalt befreyet, gemacht hat, gültig bleibe, wenn er gleich in der Folge unter dieſelbe gerathen ſollte. L. 22. de teſt. mil. Miles filiusfamilias ſi capite minutus fuerit: vel emancipatus, vel in adoptionem datus a patre ſuo: teſtamentum ejus valet, quaſi ex nova voluntate. L. 23. eod. Idem et ſi paterfamilias miles de caſtrenſibus rebus duntaxat teſtatus, arrogandum ſe dederit. Si vero miſſus jam, hoc fecerat: non valet teſtamentum. §. 5. J. de mil. teſt. Denique et ſi in arrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus eſt, teſtamentum ejus, quaſi ex nova militis voluntate: nec videtur capitis diminutione irritum fieri. Unter der capitis diminutione wird, wie dieſe Stellen lehren, hier nichts, als arrogatio, adoptio, und emancipatio verſtanden. Daß L. 23. wenn die Arrogation, nach erhaltenem Abſchiede vom Dienſt, erfolgt, das Teſtament ungültig werde, iſt daher zu leiten, weil das vorige Teſtament nach der Arrogation, als von neuen gemacht, angeſehen wurde, nach dem Abſchiede aber der Soldat kein neu militäriſch Teſtament machen kann. Bey der Arrogation konnte das Teſtament ſich zur Zeit der Pandecten nur erhalten, ſofern es über das peculium caſtrenſe gemacht war. Alles andere fiel, damals dem Arrogator zu, weshalb alſo darüber kein Teſtament ſich denken ließ. Nach den neueſten Grundſätzen würde das Teſtament in Anſehung aller Güter auſſer dem, was vom Arrogator dem Arrogirten eingegeben worden, kräftig bleiben.

§. 754. Was diejenigen Soldaten betrift, welche zu wichtigen Strafen verurtheilt worden, ſo iſt von den Strafen wegen anderer, als Kriegsverbrechen, nichts beſonders geſagt, und in Anſehung dieſer bleibt es alſo bey den ſonſtigen Grundſätzen. Die Kriegs-Verbrechen

chen und deren Strafen hingegen anlangend, ſo iſt den dergeſtalt verurtheilten Soldaten nicht nur überhaupt zu teſtiren, ſondern auch ein militäriſch Teſtament zu errichten, geſtattet. Nur iſt das Teſtament in ſolchem Falle auf das einzuſchränken, was durch den Kriegs-Dienſt erworben iſt. L. 11. pr. de teſt. mil. Ex militari delicto capite damnatis teſtamentum facere licet ſuper bonis duntaxat caſtrenſibus. Sed vtrum jure militari, an jure communi, quaeritur. Magis autem eſt, vt jure militari eis teſtandum ſit. Nam cum ei, quaſi militi. tribuatur jus teſtandi, conſequens erit dicere, jure militari teſtandum. Quod ita intelligi oportet, ſi non ſacramenti fides rupta ſit l. 13. C. eod. Et militibus noſtris, centurionibus quoque ob flagitium militare damnatis, non aliarum, quam caſtrenſium rerum teſtamentum facere permittitur, et inteſtatis jure proprio ſucceditur a fiſco. Man muß aber nach andern Geſetzen die Befugnis des verurtheilten Kriegsmanns zum Teſtiren dahin einſchränken, daß ſolche ihm nur alsdenn zuſtehe, wenn ſie ihm im Urtheil vorbehalten worden, welches auf ſein Bitten zu geſchehen pflegte. L. Si quis pr. §. 1. de Leg. 3. L. Cum hic ſtatus. §. Si miles de don. int. v. et v. und geſchehen muſte. L. 1. de Veteran. et mil. ſucc. Da das Teſtament ſich blos auf das im Dienſt erworbene Vermögen einſchränkte; ſo fiel das übrige dem Fiſcus anheim. Niſi fides ſacramenti rupta ſit erklärt man füglich von dem Falle, da der Soldat wegen ſchlechter Streiche vom Regimente gejagt iſt, oder er Verrätherey begangen, oder zu dem Feinde übergegangen. Dieſe werden bey Beſtrafung zuvörderſt caſſirt und dienſtlos gemacht, zur Tortur gebracht, auch zu den wilden Thieren und der Gabel verurtheilt, welches ſonſt bey Soldaten nicht geſchieht. L. 7. de re milit. L. 3. §. Is qui ad hoſtem. A. Faber. Err. pragm. D. 72. E. 8. Die caſtrenſia fallen bey dem

Hin-

Hinrichten des Soldaten ohne Teſtament ſo gut, wie das übrige Vermögen dem Fiſcus ebenfalls anheim, doch auf eine beſondere und andere Art (jure proprio) als die gewöhnliche Succeſſio fiſci iſt. Denn hier erbt der Fiſcus nur in caſu inteſtati und die Verwandten gehen bis zum vierten Grad dem Fiſcus vor. L. 2. de veter. ſucceſ. Die Worte in L. 13. C. a fiſco hält A. Faber. Err. pragm. D. 72. E. 10. für einen unächten Zuſatz. Er meint, er ſey in den letzten Worten von der Succeſſion der Inteſtat-Erben die Rede, welche nur bis zum vierten Grade und nicht, wie ſonſt, bis zum 10ten oder ſiebenten Grade dem Fiſcus vorgehen. Aus dem aber, was er ſelbſt ſagt, iſt erſichtlich, daß die Worte; a fiſco ſtehen bleiben können.

§. 755. Weil ein Soldat kein Teſtament machen kann, wenn die Natur der Sache dawider iſt; ſo iſt begreiflich, daß ein ſolcher, der ſich noch in der Impubertät befindet, dazu unfähig iſt. L. 18. C. de teſt. mil. Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, ſi tribunatum numerorum merebantur, vltimum elogium conficere poſſe; attamen indignum noſtris temporibus eſſe videtur, eum, qui ſtabilem mentem nondum adeptus eſt, propter privilegia militum, ſapientium hominum jura pertractare, et in tam tenera aetate ex tali licentia parentibus forte ſuis vel aliis propinquis nocere, propriam ſubſtantiam extraneis relinquendo. Ideoque hoc fieri nullo modo concedimus. Man ſieht aus dieſer Stelle, daß auch Mündel Officier-Stellen erhalten konnten.

§. 756. Auf gleiche Art konnte auch der Soldat, der in der Kriegsgefangenſchaft war, kein Teſtament machen, weil er zu der Zeit nichts eigenes hatte. L. 10. de teſt. mil. Facere teſtamentum hoſtium potitus nec

jure

jure militari poteſt. Hoſtium potitus heiſt hier captivus wie L. 5. pr. ex quib. cauſ. major. Diejenigen, welche ſonſt nach der Subtilität nicht erben konnten, durften dennoch von einem Soldaten zu Erben ernannt werden. Wer vor oder nach dem Teſtamente durch Beſtrafung Bürger-Recht oder Freyheit verlohren, war zur Zeit des Todes des Soldaten ein tüchtiger Erbe deſſelben, wenn er nur zu dieſer Zeit die Erbfähigkeit wieder erlangt hatte. Einen Deportatum konnte der Soldat ſchlechthin zu ſeinem Erben machen. L. 13. §. 2. de teſt. mil. Et deportati et fere omnes, qui teſtamenti factionem non habent, a milite heredes inſtitui poſſunt. Sed ſi ſervum poenae heredem ſcribat, inſtitutio non valebit. Sed ſi mortis tempore in civitate inveniatur, inſtitutio incipit convaleſcere, quaſi nunc data hereditate. Et generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles ſcribit heredes, vt inſtitutio incipiat vires habere, ſi mortis tempore talis inveniatur, vt a milite inſtitui poterit. Es ſcheint alſo die Catonianiſche Regel von dem, was von Anfange ungültig iſt, auf militäriſche Teſtamente nicht anwendbar zu ſeyn.

§. 758. Sonſt hat der Soldat in Anſehung der Perſon des Erben manche Einſchränkung. Er kann eine liederliche Weibs-Perſon nicht zur Erbin ernennen. L. 41. §. 1. de teſt. mil. Mulier, in qua turpis ſuſpicio cadere poteſt, nec ex teſtamento militis aliquid capere poteſt, vt Divus Hadrianus reſcripſit. Eiſenh. de vſu hod. L. 41. §. 1. de teſtam. mil.

§. 759. Einen Knecht, welcher den Geſetzen nach die Freyheit nicht erhalten kann, darf er ebenfalls nicht frey und zu ſeinem Erben machen. L. 5. pr. de teſt. mil. In fraudem plane creditorum nec miles amplius, quam vnum neceſſarium facere poterit. L. 29. §. 1. eod.

eod. Miles teſtamento ſuo manumittendo, nihil efficit in eo, cujus libertas lege Aelia Sentia, vel alia impeditur. L. 4. C. eod. Si Rufinus, vir clariſſimus tribunus laticlavius, major annis lege definitis, faciens teſtamentum, te manumiſit: juſtam tibi libertatem competiſſe, ſcire debes. Quodſi minor annis ex lege conſtitutus fuerit, cum faceret teſtamentum: lege impediente nullam libertatem adeptus es, quae in hac parte nec militibus remiſſa eſt. Quodſi idem teſtator cauſam manumittendi te habuit, quae probabilis vivo manumittente conſilio futura eſſet: quia per fideicommiſſum data libertas a quolibet majore annis, ei, cujus cauſa probari potuit, praeſtari debet: ex teſtamento militis ejusmodi ſervis juſtam libertatem competere, conſequens eſt. L. 4. C. bezieht ſich auf die Verordnung des L. Ael. Sent. daß ein Bürger unter 20 Jahren nicht anders, als mit der Vindicta, und cauſa apud conſilium cognita, d. i. mit gerichtlicher Unterſuchung die Freyheit geben könne. Wenn inzwiſchen ein Soldat Urſachen hatte, weshalb die Freylaſſung gerichtlich gebilligt werden muſte, ſo konnte er den Knecht dennoch im Teſtament gerade zu in Freyheit ſetzen. Der Erbe war ſchuldig die Sache dem Gericht noch vorzutragen und die Beſtätigung zu erlangen. Es blieb bey dem allen eine manumiſſio directa. Ein anderer, als Soldat, konnte in dieſem Falle nur dem Erben aufgeben, dem Knechte in gehöriger Form und gerichtlich die Freyheit zu ertheilen. Wenn dieſer es denn befolgte, ſo entſtand manumiſſio teſtatoris obliqua. Darin war alſo ein Unterſchied zwiſchen dem Soldaten und andern. L. 15. pr. zielt auf die Verordnung des L. Ael. Sent. daß ein verſchuldeter Römer nicht mehr als einen einzigen Knecht zur Rettung ſeiner Ehre, mit Ertheilung der Freyheit, zum Erben ernennen könnte.

§. 760.

§. 760. So wie es ſonſt nicht gilt, wenn der, welcher das Teſtament ſelbſt geſchrieben, darin auch zu Erben ernannt iſt, wofern nicht gewiſſe Fürſichten gebraucht worden, ſo iſt es auch bey Soldaten. L. 15. §. 3. de teſt. mil. Si quis ſe ſcribat heredem in teſtamento militis, non remittitur ei ſenatus conſulti poena.

Zweyte Rubrik.

In Anſehung der äuſſern und innern Form.

§. 761. Aeuſſere Solennitäten ſind bey militäriſchen Teſtamenten nicht nöthig. §. 762. Der Soldat kann den Erben im Codicill ernennen. §. 763. Der Soldat kann pro parte teſtatus verſterben. (§. 764.) §. 764. Wem blos die caſtrenſia vermacht worden, der behält auch das Uebrige. §. 765. Unterweilen fällt auch das, ſo im Teſtamente nicht vertheilt iſt, an die Teſtaments-Erben. §. 766. Der Erbe in re certa bekommt das übrige Vermögen nicht. §. 767. Der Soldat kann einem die caſtrenſia, dem andern die non caſtrenſia vermachen. Von den activis und paſſivis in dieſem Falle. §. 768. Der Erbe kann bis auf eine gewiſſe Zeit oder von derſelben ernannt werden. §. 769. Beſondere den Erben vor und denen nach der Zeit auferlegte Legata. §. 770. Wiefern das jus accreſcendi in militäriſchen Teſtamenten wegfalle. §. 771. Wenn dem einem die caſtrenſia verlaſſen ſind, ſo iſt unter dieſen kein jus accreſcendi. §. 772. Unerlaubte Bedingungen werden als nicht beygefügt angeſehen. §. 773. Beſonders captatoriſche. §. 774. Dinge darüber nicht zu diſponiren, können nicht vermacht werden. §. 775. Der Soldat kann nach Willkür enterben, einſetzen und übergehen. §. 776. Ein dabey vorkommender Irrthum würkt Ungültigkeit. §. 777. Gültigkeit der Verordnung, wenn hernach noch Kinder erzeugt werden. §. 778. Beſonders, wenn der Soldat davon nichts erfährt. §. 779. Von ausdrücklicher Ausſchlieſſung der künftigen Kinder. §. 780. Von nachher gebohrnen Kindern, die nicht in des Teſtirers Gewalt kommen

men. §. 781. Bey militäriſchen Teſtamenten hat keine bonorum poſſeſſio contra tabulas ſtatt. §. 782. Keine Inofficioſitäts-Klage u. d. gl. §. 783. Wenn der Soldat ein Jahr nach erhaltenem Abſchiede ſtirbt, ſo hat wegen des Pflichttheils auſſer dem peculio caſtrenſi Beſchwerde ſtatt. §. 784. Nicht aber bey dem peculio caſtrenſi. §. 785. Auch der Soldat hat gegen das militäriſche Teſtament keine Querel. §. 786. Bey militäriſchen Teſtamente iſt keine Falcidia. §. 787. Subſtitutio militaris. §. 788. Unter der Fideicommiſſariſchen Ernennung iſt die Subſtitutio vulgaris begriffen. §. 789. Wiefern es hier bey nicht militariſchen Teſtamenten anders iſt. §. 790. Der Fideicommiſſarius erhält Beſchwerden und Vortheile eines Erben. §. 791. Ohne eigenes Teſtament kann im militäriſchen Teſtamente pupillariſch ſubſtituirt werden. §. 792. Wiefern Kindern, welche ſchon emancipirt ſind, pupillariſch ſubſtituirt werden kann. §. 793. Ausſchlieſſung des Pupillen von der väterlichen Erbſchaft bey der Pupillar-Subſtitution. §. 794. Die dem Kinde auf die Zeit nach der Impubertät geſchehene Subſtitution. §. 795. Bey militäriſchen Teſtamenten iſt die Regel von Subſtitutione vulgari tacita bey der pupillari expreſſa und umgekehrt nicht. §. 796. Fortſetzung deſſen, was §. 794. geſagt worden. §. 797. Inſtitution und Subſtitution eines Soldaten unter väterlicher Gewalt begreift nur die caſtrenſia. §. 798. Begriff der Pupillar-Subſtitution unter der Vulgar-Subſtitution, wenn der Teſtirer dergleichen gewollt. §. 799. Ein Legat giebt dem Knechte des Teſtirers zugleich die Freyheit.

§. 761.

In Anſehung der äuſſern Form iſt dem Soldaten nichts vorgeſchrieben, und wenn er z. E. ſchriftlich teſtirt, iſt ein jeder erweißlicher Aufſatz ein gültiges Teſtament. L. 15. C. de teſt. mil. Milites in expeditione degentes, ſi vxores, aut filios, aut amicos, aut commilitones, ſuos, poſtremo cujuslibet generis homines amplecti voluerint ſupremae voluntatis affectu: quomodo poſſint, ac velint, teſtentur: nec vxorum,

aut

aut filiorum eorum, cum voluntatem patris reportaverint, meritum aut libertas dignitasve quaeratur. Proinde ſicut juris rationibus licuit, ac ſemper licebit, ſi quid in vagina aut clypeo, litteris ſanguine ſuo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inſcripſerint gladio ſub ipſo tempore, quo in praelio vitae ſortem derelinquunt, hujusmodi voluntatem ſtabilem eſſe oportet. In expeditione iſt vermuthlich ein Zuſatz, da Juſtinian das privilegium auf den Feldzug nicht eingeſchränkt.

§. 762. Daher iſt es auch einerley ob der Soldat ſeinen Erben im Teſtamente oder im Codicill ernennt. Denn in den äuſſern Solennitäten beſtand hauptſächlich der Unterſchied zwiſchen Teſtament und Codicill. L. 36. pr. de teſt. mil. Militis codicillis ad teſtamentum factis, etiam hereditas jure videtur dari. Quare ſi partem dimidiam hereditatis codicillis dederit: teſtamento ſcriptus ex aſſe heres partem dimidiam habebit: legata autem teſtamento data communiter debentur. A. Faber Err. pragm. D. 74. E. 10. meint: in Inteſtat Codicillen könne der Soldat keinen Erben ernennen, doch wären dieſe Codicille nach billiger Erklärung für ein Teſtament zu halten. Die ganze Erbſchaft könne in einem codicillo teſtamentario eines Soldaten nicht gegeben werden. Dies läſt ſich auch nicht gedenken.

§. 763. Der Soldat konnte, wie ſchon oben vorgekommen, ſein Teſtament auch dergeſtalt faſſen, daß er nur über einen Theil ſeines Vermögens ſich einen Erben ernennte, und das übrige Vermögen den Inteſtat-Erben verließ. L. 6. de teſt. mil. Si miles vnum ex fundo heredem ſcripſerit: creditum, quantum ad reſiduum patrimonium, inteſtatus deceſſiſſet. Miles enim pro parte teſtatus, poteſt decedere, pro parte inteſtatus.

§. 764.

§. 764. Wenn daher der Soldat einem Erben ſein im Dienſt erworbenes Vermögen verläßt, und wegen des Uebrigen nichts verordnet, ſo fällt das Uebrige an die Inteſtat-Erben L. 2. C. de teſt. mil. Miles ſi caſtrenſium tandummodo bonorum commilitonem ſuum inſtituit heredem: caetera bona ejus, vt inteſtati defuncti, mater ejus jure poſſidebit. Quod ſi extraneum ſcripſit heredem, isque adiit hereditatem: bona ejus in te transferri non jure deſideras. Der Anfragende iſt der im Geſetz vorkommende Commilito. Wenn die non caſtrenſia einem andern vermacht ſind, ſo bekommt ſie dieſer von Rechts wegen A. Faber Err. pragm. D. 72. E. 5. lieſt commilitonem te ſuum. Extraneus iſt ein anderer Erbe, der in non caſtrenſibus, neben dem Soldaten in caſtrenſibus, ernannt iſt. Der Kayſer legt dem Quärenten ein Dilemma vor, nachdem, neben den Erben in caſtrenſibus, noch ein anderer in paganicis ernannt iſt, oder nicht.

§. 765. Sollte aber der Teſtirer, der einigen Erben ſein Vermögen, doch nicht ganz, zu gewiſſen Theilen zugetheilt hat, dabey die Abſicht gehabt haben, das ganze Vermögen unter ſie zu vertheilen, ſo müſte man ihn von dem ganzen Vermögen erklären, und nach der von ihm gemachten Proportion die ganze Maſſe den Erben beylegen L. 3. C. de teſt. mil. Quamquam militum teſtamenta juris vinculis non ſubjiciantur, cum propter ſimplicitatem militarem, quomodo velint et quomodo poſſint, ea facere his concedatur: tamen in Valeviani quondam centurionis teſtamento inſtitutio etiam jure communi accepit auctoritatem. Nam cum paterfamilias filiam ex duabus vnciis, vxorem ex vncia heredes ſcripſerit, nec de reſiduis portionibus quidquam ſignificaverit, in tres partes diviſiſſe eum apparet hereditatem: vt duas habeat, quae ſextantem accepit, tertiam, quae ex vncia heres eſt inſtituta. Der

Grund der Entſcheidung mag hier beſonders darin liegen, daß die beyden Erbinnen dem Erblaſſer ſo geliebte Perſonen waren, und die Tochter ohne dem als Inteſtat Erbin ſuccedirte. Sonſt würde die accretio des übrigen Vermögens bey einem militariſchen Teſtamente weggefallen ſeyn. A. Faber Err. prag. D. 72. E. 6.

§. 766. Wenn daher derſelbe auch einen Erben in re certa ernennt, ſo bekommt dieſer die vermachte Sache und nichts weiter L. 17. pr. de teſt. mil. Si certarum rerum heredes inſtituerit miles, veluti alium vrbanorum praediorum, alium ruſticorum, alium caeterarum rerum: valebit inſtitutio, perindeque habebitur, atque ſi ſine partibus heredes eos inſtituiſſet: resque omnes ſuas per praeceptionem cuique legando diſtribuiſſet.

§. 767. Der Soldat kann daher einem ſeiner Erben das im Dienſt erworbene Vermögen, einem andern die übrigen Güter verlaſſen L. 17. §. 1. de teſt. mil. Iulianus etiam ait: ſi quis alium caſtrenſium rerum, alium caeterarum ſcripſiſſet: quaſi duorum hominum duas hereditates intelligi. Vt etiam in aes alienum, quod in caſtris contractum eſſet, ſolus is teneatur, qui caſtrenſium rerum heres inſtitutus eſſet. Extra caſtra contracto aere alieno is ſolus obligetur, qui caeterarum rerum heres ſcriptus eſſet. Cui ſcilicet conveniens videtur reſpondiſſe, vt ex quaqua cauſa debeatur militi: vel huic heredi, vel illi, ipſo jure debeatur. Quodſi alterutra pars bonorum aere alieno, quod ex ea cauſa pendebit, non ſufficiat, et propter hoc is, qui ex ea parte heres inſtitutus eſt, non adierit: alterum, qui adiſſet, compellendum eſſe, aut defendere totam hereditatem, aut totam creditoribus ſolvere. Wenn dies geſchieht, ſo ſollen die activa und paſſiva blos demjeni-

gen

gen der Erben zukommen, bey deſſen Güter-Antheil ſie entſtanden ſind. Doch muß für die paſſiva, wenn der eine Antheil dadurch erhöhet iſt, der andere Theil in ſubſidium mit haften, und deſſen Erbe alsdenn entweder alles, was noch übrig, bezahlen, oder den ganzen Nachlaß den Creditoren überlaſſen, abtreten und eingeben.

§. 768. Weil ein Erbe auf einen Theil der Güter ernannt werden kann, ſo iſt es auch erlaubt, denſelben auf eine Zeilang zu ernennen. L. 15. §. 4. de teſt. mil. Miles et ad tempus heredem facere poteſt, et alium poſt tempus: vel ex conditione, vel in conditionem. L. 41. pr. eod. Miles ita heredem ſcribere poteſt: *Quoad vivit Titius heres eſto. Poſt mortem ejus Septicius* Sed ſi ita ſcripſerit: *Titius vſque ad annos decem heres eſto*, nemine ſubſtituto: inteſtati cauſa poſt decem annos locum habebit. Et quia diximus, ex certo tempore et vſque ad certum tempus, milites poſſe inſtituere heredem: his conſequens eſt, vt, antequam dies veniat, quo admittatur inſtitutus, inteſtati hereditas deferatur. Et quod in bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis ſpatio, licet non modicum ſit, ex eodem privilegio competat. L. 8. C. eod. Certi juris eſt, militem ad tempus etiam heredem inſtituere poſſe. Iſt vor der Zeit, da der Erbe antreten ſoll, kein anderer benannt, oder nach der Zeit, auf welche der Erbe benannt iſt, kein anderer ſubſtituirt: ſo fällt die offen gelaſſene Zeit den Inteſtat-Erben zu. Bey gewöhnlichen Teſtamenten wird der dies certus, als nicht beygefügt, angeſehen. Wenn vor der Zeit und nach derſelben Erben ernannt ſind, ſo ſind beyderley Erben heredes directi. Bey andern Teſtirern iſt es nur der Erbe der erſten Zeit. Der Erbe des zweyten Theils der Zeit kann nur fideicommiſſariſcher Erbe werden.

§. 769. In ſolchem Falle, da der Soldat auf einige Zeit den einen, und nach der Zeit einen andern zu Erben ernennt, kann er jedem derſelben beſondere Vermächtniſſe auferlegen. Jeder bezahlt alsdenn die ihm zugemutheten Legata, und keinem derſelben gehen die Legata des andern an. L. 19. §. 2. de teſt. mil. Si quis a milite heres ad tempus ſcriptus eſſet, et alius ex tempore: quaeritur, an poſterior heres a priore relicta legata debet: et arbitror, hunc non debere, niſi alia voluntas militis probetur. Da der zweyte Erbe als ein Subſtitut des erſten anzuſehen, und bey der Subſtitution ſonſt die Legata Inſtitutionis als wiederholt angeſehen werden, ſo unterſucht Cheſi Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 88. warum bey dem Fall unſers Geſetzes ein anderes gelte. Er führt die Simplicität des militariſchen Teſtaments an. Ich glaube, der zweyte Erbe davon hier die Rede, ſey kein Subſtitut. Daher das was von Subſtitutionen gilt, hier nicht anzuwenden.

§. 770. Weil der Soldat auch blos über einem Theil ſeines Vermögens einen Erben ernennen kann; ſo ſchloſſen die Alten daraus, daß in deſſen Teſtamente das jus accreſcendi hinwegfalle. L. 37. de teſt. mil. Si duobus a milite liberto ſcriptis heredibus, alter omiſerit hereditatem: pro ea parte inteſtatus videbitur defunctus deceſſiſſe: quia miles et pro parte teſtari poteſt. Et competit patrono ab inteſtato bonorum poſſeſſio, niſi ſi haec voluntas defuncti probata fuerit, vt, omittente altero, ad alterum vellet totam redire hereditatem. Aus dem Grunde dieſer Stelle folgt aber nur, daß dasjenige jus accreſcendi bey dem militariſchen Teſtamente wegfalle, welches aus der Regel fließt: nemo poteſt pro parte teſtatus pro parte inteſtatus decedere. Dasjenige alſo, welches auf den vermutheten Willen des Teſtirers gebauet iſt, wenn nemlich etliche Erben ohne Theil

Be-

Benennung ernannt ſind, iſt nach den Endworten dieſer Stelle eher beſtätigt, als ausgeſchloſſen.

§. 771. Auf ſolche Art iſt zu erklären, daß, wenn der Soldat dem einen Erben ſein im Dienſt erworbenes, dem andern ſein übriges Vermögen verläſt, und einer von dieſen beyden ausfällt, der andere deſſen Antheil nicht erhalte L. 1. C. de teſt. mil. Frater tuus miles ſi te ſpecialiter, in bonis, quae in paganico habebat, heredem fecit, bona, quae in caſtris relinquit, petere non potes, etiam ſi is, qui eorum, heres inſtitutus eſt, adire ea noluerit: ſed ab inteſtato ſuccedentes veniunt: modo ſi in ejus locum ſubſtitutus non es, et liquido probetur, fratrem tuum caſtrenſia bona ad te pertinere noluiſſe. Nam voluntas militis in expeditione occupati pro jure ſervatur. In den Worten: et liquido probetur etc. ſcheint nichts beſonders zu ſtecken, ſondern nur dieſes geſagt zu ſeyn, daß aus dem Teſtament erhellen müſſe, wie der Teſtirer lediglich die caſtrenſia dem einen, und das übrige Vermögen einem andern vermacht habe. Man kann auch mit A. Faber Err. pragm. D. 71, E. 10. leſen: Modo ſi non in locum ejus ſubſtitutus es, et ſi non liquido probetur, fratrem tuum caſtrenſia bona ad te pertinere voluiſſe. In expeditione occupati iſt vermuthlich ein ſpäterer Zuſatz, weil Juſtinian erſt die Einſchränkung des Privilegii auf den Feldzug eingeführt hat. Voorda Elector. cap. 14. vereinigt dieſe Stelle mit L. 37. ff. de teſt. mil. dergeſtalt, daß in ſolcher nicht vom jure accreſcendi die Rede ſey, ſondern es nur genau unterſucht werden ſolle, ob der Quärent blos in bonis paganis oder überhaupt, ohne dieſe Einſchränkung, zu Erben ernannt ſey.

§. 772. Was ſonſt in Anſehung der Bedingungen der Erbeinſetzung Rechtens iſt, gilt auch vom militariſchen

Teſtamente. Wenn der Soldat z. E. mit einer unerlaubten Bedingung, oder der Bedingung einen Eyd zu ſchwören, den Erben ernannt hat, ſo wird die Bedingung für nicht beygefügt geachtet. L. 29. §. 2. de teſt. mil. Edictum praetoris, quo jus jurandum heredibus inſtitutis legatariisve remittitur, locum habet etiam in militum teſtamentis. Sicut etiam in fideicommiſſis. Idemque ſi turpis eſſet conditio,

§. 773. Eben ſo gilt die Erbeinſetzung nicht, welche mit ihren Bedingungen dahin geht, daß man des ernannten Erben Vermögen an ſich ziehen will. L. 11. C. de teſt. mil. Captatorias inſtitutiones etiam in militis teſtamento nullius eſſe momenti manifeſtum eſt.

§. 774. Eben ſo durfte der Soldat die Beſchwörung des Erben mit Vermächtniſſen nicht auf Dinge erſtrecken, welche den Geſetzen nach dazu nicht gezogen werden durften. L. 16. de teſt. mil. Dotalem fundum ſi legaverit miles, non erit ratum legatum propter legem Iuliam. Nach dem L. Iul. de adulteriis durfte der Mann der doch ehemals völliger Eigenthümer des Heuraths Guths war, die dazu gehörige Grundſtücke ohne der Frauen Einwilligung nicht veräuſſern. Daher war es auch ihm unterſagt, ſie durch ein Vermächtnis Jemanden zu überlaſſen. Der Soldat hatte hier kein Privilegium.

§. 775. Der Soldat iſt in Anſehung derer, welchen ſonſt ein Pflichttheil gebührt, nicht eingeſchränkt. Er kann ſie übergehen, enterben, zu geringen Theile einſetzen und beſchweren, wie er will. §. 6. J. de exhered. liber. Sed ſi in expeditione occupatus miles teſtamentum faciat, et liberos ſuos jam natos vel poſtumos nominatim non exheredaverit, ſed ſilentio praeterierit, non

non ignorans, an habeat liberos, ſilentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, conſtitutionibus principum cautum eſt. Dieſe Stelle ſcheint zu lehren, als wenn dies Privilegium, wie die andern, nur auf den Fall des Feldzuges eingeſchränkt ſey. Man weiß aber aus andern ſchon oben vorgekommenen Stellen, daß dieſe Einſchränkung wenigſtens bey dem peculio caſtrenſi nicht ſey.

§. 776. Sonſt wird erfodert, daß der Soldat von dem, der durch ſeine Uebegehung ausgeſchloſſen werden ſoll, Wiſſenſchaft gehabt habe. Sonſt hat der Soldat geirrt. Es iſt ſein Wille nicht geweſen, daß der nichts haben ſoll, den er nicht gekannt hat. Die Verordnung wird denn durch den Irrthum ungültig. L. 9. C. de teſt. mil. Sicut certe juris eſt, militem, qui ſcit, ſe filium habere, aliosque ſcripſit heredes tacite eum exheredare intelligi: ita ſi, ignorans, ſe filium habere, alios ſcribat heredes, non obeſſe filio ademtam hereditatem, ſed minime valente teſtamento, ſi ſit in teſtamento, eum ad ſucceſſionem venire in dubiis non habetur. L. 10. eod. Si cum vel in vtero haberetur filia, inſcio patre milite ab eo praeterita ſit: vel cum in rebus humanis eam non eſſe falſo rumore perlato pater putavit, nullam ejus in teſtamento fecit mentionem: ſilentium hujusmodi exheredationis notam nequaquam infligit. Is autem miles, qui teſtamento filiam ſuam appellavit, eique legatum dedit: non inſtituendo eam heredem, exheredavit.

§. 777. Daher muß in Anſehung der erſt nach dem Teſtament gebohrnen Kinder ein Unterſchied gemacht werden, ob ſie bey des Soldaten Leben und dergeſtalt nach dem Teſtamente zur Welt kommen, daß er noch von ihnen Wiſſenſchaft erhält, oder nicht. Im letztern Falle

wird das Teſtament ungültig. Im erſtern hätte der Teſtirer, wenn er gewolt, ſein Teſtament ändern oder aufheben können. Da er es aber, wie ſeine Unthätigkeit gezeigt, nicht abgeändert wiſſen wollen, ſo bleibt es, der nachher gebohrnen Kinder angeachtet, gültig L. 8. de teſt. mil. Idem eſt, et ſi arrogavit filium, nepoſne ſucceſſerit in locum filii L. 9. pr. eod. Idemque erit dicendum, et ſi nato filio, vivo ſe, maluit eodem teſtamento durante decedere. Nam hoc quoque jure militari incipiet valere, ſi hoc maluit miles. L. 33. pr. eod. Si filiusfamilias miles feciſſet teſtamentum more militiae: deinde, poſt mortem patris, poſtumus ei naſceretur: vtique rumpitur ejus teſtamentum. Verum ſi perſeveraſſet in ea voluntate, vt vellet adhuc illud teſtamentum valere, valiturum illud, quaſi rurſum aliud factum, ſi modo militaret adhuc eo tempore, quo naſceretur ei poſtumus. §. 2. eod. Secundum quae, ſi filiusfamilias miles teſtamentum fecerit, et omiſerit poſthumum per errorem, non, quod volebat exheredatum, deinde poſtumus, poſt mortem avi, vivo adhuc filio, id eſt, patre ſuo, natus fuerit: omnimodo rumpat illius teſtamentum. Sed ſi quidem, pagano jam illo facto, natus ſit: nec convaleſcet ruptum. Si vero militante adhuc, natus fuerit: rumpitur deinde, ſi voluerit ratum illud eſſe pater, convaleſcet ſic, quaſi denuo factum. Es iſt merkwürdig, daß der Soldat noch Soldat ſeyn muß, wenn die Geburt eines nach dem Teſtament entſtehenden Kindes, wovon er weiß, dem Teſtamente nicht ſchaden ſoll. Man ſieht es alsdenn als eine neue Errichtung des Teſtaments an. Da aber die neue Errichtung ohne alle Form, nach dem neueſten Rechte, nur im Felde angeht, ſo würde die Sache nun Schwierigkeit haben, wenn die Geburt geſchähe und zu des Soldaten Wiſſenſchaft käme, da er ſich zu Hauſe befindet.

§. 778. Erfährt er von der nachherigen Geburt des Kindes nichts, ſo wird das Teſtament unkräftig. L. 36. §. 2. de teſt. mil. Miles in ſupremis ordinandis, ignarus, vxorem eſſe praegnantem, ventris non habuit mentionem. Poſt mortem patris filia nata, ruptum eſſe teſtamentum apparuit: neque legata deberi. Siqua vero medio tempore ſcriptus heres legata ſolviſſet, vtilibus actionibus filiae datis, ob improviſum caſum eſſe revocanda. Nec inſtitutum, cum bonae fidei poſſeſſor fuerit, quod inde ſervari non potuiſſet praeſtare. Einige leſen unrichtig ſervari potuiſſet. Die Klage wegen der ſchon ausgezahlten legatorum iſt in dieſem Falle condictio indebiti. Dieſe kommt directo dem Erben zu, der ſie ausgezahlt hat. Die neu gebohrne Tochter kann ſie nur ex jure ceſſo des vermeinten Erben und nur vtiliter haben.

§. 779. Wenn inzwiſchen des Teſtirers Wille ausdrücklich dahin geht, daß auch alle künftigen Kinder von ſeinem Nachlaß ausgeſchloſſen ſeyn ſollen, ſo ſind auch die darunter begriffen, davon er bey ſeinem Leben keine Wiſſenſchaft bekommen hat. L. 7. de teſt. mil. Qui jure militari teſtatur, etſi ignoraverit praegnantem vxorem; vel non fuit praegnans, hoc tamen animo fuit, vt vellet, quisquis ſibi naſcetur, exheredem eſſe: teſtamentum non rumpitur.

§. 780. Wofern die nach dem Teſtament zur Welt kommenden Kinder nicht in des Teſtirers Gewalt eintreten, ſo iſt um ſo weniger an eine durch ſie zu veranlaſſende Ungültigkeit des Teſtaments zu denken. L. 33. §. 1. de teſt. mil. Sed ſi filiusfamilias miles feciſſet teſtamentum, deinde poſtea, vivo eo, et adhuc avo quoque ſuperſtite, naſceretur ei poſtumus: non rumpitur ejus teſtamentum: quia cum id, quod naſceretur, in

poteſtatem ejus non perveniret: non videtur ſuus heres agnaſci: Ac ne avo quidem ſuo hunc nepotem poſtumum, cum vivo filio naſceretur, ſuum heredem protinus agnaſci. Et ideo nec avi teſtamentum rumpi: quoniam licet in poteſtate avi protinus eſſe inciperet, tamen antecederet eum filius. §. 3. eod. Sed etſi vivo avo naſcatur poſtumus: hic non rumpet continuo teſtamentum. Si ſupervixerit poſt mortem avi, vivo adhuc patre: rumpet, quod novus illi nunc primum heres agnaſcitur. Ita tamen, vt numquam poſſit duorum ſimul teſtamenta rumpere, et avi, et patris. Der Enkel der bey Leben des Groß-Vaters dem Sohne gebohren wurde, kam in des Groß-Vaters Gewalt, war alſo kein Suus des Sohns. Des Groß-Vaters Teſtament machte er nicht ungültig, weil er kein unmittelbarer Erbe deſſelben war. So lange der Groß-Vater lebte wurde des Vaters Teſtament durch ihn nicht ungültig. Sobald aber jener ſtarb, kam der Enkel nur in ſeines Vaters Gewalt, und nun warf er alſo deſſen Teſtament um. Es finden ſich auf ſolche Art, daß immer nur des einen der beyden Aſcendenten Teſtament ungültig wird.

§. 781. Weil im militariſchen Teſtamente Pflichttheile wegfallen, ſo konnte, wegen Ausſchlieſſung davon, von denen, welche darauf ſonſt Anſpruch zu machen hatten, kein Rechtsmittel gebraucht werden. Der Vater hatte wegen der ihm, als Patron und Manumiſſori, bey der Emancipation ſonſt zukommenden Portion keine bonorum poſſeſſion. L. 29. §. 3. de teſt. mil. Patri ejus, qui in emancipatione ipſe manumiſſor extitiſſet, contra tabulas teſtamenti dandam bonorum poſſeſſionem partis debitae placet: exceptis his rebus quas in caſtris acquiſiſſet: quarum liberam teſtamenti factionem habet. L. 30. eod. Nam in bona caſtrenſia non eſſe dandam contra tabulas filii militis bonorum poſſeſſio-

ſeſſionem, Divus Pius Antonius reſcripſit. Wenn der Vater ſeinen Sohn der väterlichen Gewalt entließ, und dabey vermittelſt des pacti fiduciae ſelbſt Manumiſſor war, ſo hatte er über ſeinen Sohn die Patronats-Rechte. Auf den Fall, daß er ohne Teſtament verſtarb, erbte der Vater, jure patroni, alles. Wenn er ein Teſtament machte, muſte dem Vater wenigſtens das Patronats-Theil verlaſſen werden, welches ehemals die Hälfte des Vermögens war, von Juſtinian aber auf dem dritten Theil geſezt worden. Geſchahe es nicht, ſo hatte der Vater bonorum poſſeſſionem contra tabulas zu gebrauchen, wodurch er, mit Beybehaltung des Teſtaments, ſeinen Theil erhielt. Nach Juſtinianeiſchen Rechte, wird, da die alte Emancipation abgekommen, dennoch allemal der Vater als Manumiſſor angeſehen. Bey militariſchen Teſtamenten fällt jedoch die bonorum poſſeſſio, ſo weit das Vermögen aus caſtrenſibus beſteht, hinweg. In Anſehung deren giebt es kein Patronats-Theil. Das übrige Vermögen iſt den gemeinen Grundſätzen unterworffen.

§. 782. Auſſer der bonorum poſſeſſion kommt dem Vater, jure patris, und andern Verwandten, noch der Verwandſchafts-Pflichttheil zu, und auf den Fall, daß ſolcher nicht verlaſſen worden, haben ſie querelam inofficioſi und andere Rechtsmittel. Aber auch dieſe fallen bey militariſchen Teſtamenten, ſo fern ſie Caſtrenſia betreffen, hinweg. L. 9. C. de inoff. teſt. De inofficioſo teſtamento militis, vel jure militari, vel civili facto, vel centurionis, vel tribuni numeri, nec filios poſſe queri, jus certum eſt L. 24. eod. Teſtamentum militis filiifamilias in caſtrenſi peculio, neque a patre, neque a liberis ejus per inofficioſi querelam reſcindi poteſt.

§. 783. Hat der Soldat ein militariſch Teſtament gemacht, und darin diejenigen vom Pflichttheil ausgeſchloſſen, denen ſolcher gebührte, und er ſtirbt nach erhaltenem Abſchiede; ſo kommt es darauf an, ob er binnen einem Jahre nach dem Abſchiede ſtirbt, oder ſpäter. In jenem Falle darf die Inofficioſitäts-Klage nicht gebraucht werden. Wohl aber in dieſem, ſofern das Teſtament nicht über das peculium caſtrenſe gemacht worden. So fern das Teſtament dieſes peculium betrift, iſt es immer giltig, wenn es auch nach dem Abſchiede gemacht worden. Den erſtern Satz, lehrt L. 8. §. 4. de inoff. teſt. Si quis in militia fecerit teſtamentum et intra annum poſt militiam deceſſerit, dubito, an, quia ad hoc vsque temporis jure militari teſtamentum ejus valet, querela inofficioſi ceſſet? Et poteſt dici (querelam inofficioſi ceſſare).

§. 784. Daß aber nur vom peculio caſtrenſi nach dem Jahre, wo der Abſchied erhalten worden, oder wenn der Soldat nach dem Abſchiede es erſt gemacht, geſagt werden könne, daß in Anſehung deſſen die Inofficioſitäts-Klage wegfalle, in Anſehung des übrigen Vermögens aber des Verabſchiedeten Teſtament, und des Soldaten Teſtament nach einem Jahre ſeit erhaltenem Abſchiede, dieſe Klage gegründet ſey, lehrt: L. 8. §. 3. de inoff. teſt. Papinianus libr. II. Reſponſorum ait, contra veterani patrisfamilias teſtamentum eſſe inofficioſi querelam, etſi ea ſola bona habuit, quae in caſtris quaeſierat. Wenn der Soldat kein Filiusfamilias iſt, ſo iſt auch das, was er im Kriege erworben kein peculium caſtrenſe, weil bey einem paterfamilias aller Begriff des peculii wegfällt.

§. 785. Selbſt der Soldat kann dieſe Rechtsmittel gegen militariſche Teſtamente nicht gebrauchen. L. 27.

§. 2.

§. 2. de inoff. teſt. De inofficioſo teſtamento militis dicere nec miles poteſt.

§. 786. So wie der Pflichttheil im militariſchen Teſtamente wegfällt, ſo gilt eben dieſes von der Falcidia und Trebellianica. L. 12. C. de teſtam. mil. In teſtamento militis legem Falcidiam et in legatis et fideicommiſſis ceſſare, explorati juris eſt. Sane ſi quid vltra vires patrimonii poſtulatur: competenti defenſione defendere te potes. L. 12. ff. eod. in teſtamento militis legem Falcidiam et in legatis et in fideicommiſſis ceſſare explorati juris eſt. Sane ſi quid vltra vires patrimonii poſtularetur, competenti defenſione tueri te potes.

§. 787. In Anſehung der Subſtitutionen ſtehen dem Soldaten ebenfalls allerley Freyheiten zu. Er kann directe auch auf den Fall einen ſubſtituirten Erben ernennen, da der erſt ernannte Erbe würklich die Erbſchaft erhält. Er verordnet nemlich, daß dieſer es nur eine Zeitlang ſeyn, ſodenn ein anderer an ſeine Stelle treten ſolle. Andere Teſtirer konnten in ſolchem Falle den zweyten Erben nur zu einem Fideicommiß-Erben machen Bauer de ſubſtitut. militar. L. 5. de teſt. mil. Milites etiam his, qui heredes exſtiterunt, poſſunt ſubſtituere, in his duntaxat, quae ſunt ex teſtamento eorum conſecuti.

§. 788. Wenn die Worte des Teſtaments auf eine fideicommiſſariſche Ernennung gehen, der Fiduciar-Erbe aber vor dem Erblaſſer verſtirbt, ſo wird ſolche Ernennung, zur Aufrechthaltung des Teſtaments, als eine directa inſtitutio angeſehen. L. 13. §. 4. de teſt. mil. Cum miles in teſtamento ſuo ſervo libertatem dederit: eidemque et a primo et a ſecundo herede per fideicommiſſum hereditatem reliquerit: quamvis et primus heres et ſubſtitutus, priusquam adierint hereditatem, mortem obierunt: non debere inteſtati exitum facere, Imperator noſter

noſter cum Divo Severo reſcripſit. Sed perinde habendum eſt, ac ſi eidem ſervo libertas ſimul et hereditas directo data eſſet. Quae vtraque ad eum pervenire teſtatorem voluiſſe negari non poteſt. Beſt. rat. emend. C. 11. §. 4. lieſt; Quae vt vtraque ad eum perveniret etc.

§. 789. Inzwiſchen hat doch hier die Begünſtigung der Freyheit groſſen Antheil an der Entſcheidung. Daher auch bey teſtamentis paganis dieſelbe ſtatt finden ſoll L. 14. de teſt. mil. Tractabatur, an tale aliquid et in paganorum teſtamentis indulgendum eſſet. Et placet non ſine diſtinctione hoc fieri: ſed ſi quidem vivo teſtatore et ſciente deceſſiſſent, nihil novi ſtatuendum: ſi autem ignorante, aut poſt mortem ejus, omnimodo ſubveniendum. Bey einem Soldaten iſt alſo nur das Beſondere, daß, wenn auch der Soldat die Veränderung weiß, ſolches die Entſcheidung nicht ändert.

§. 790. Bey den Fideicommiſſen gehen die Beſchwerden und Vortheile der Erbſchaft auf den Fideicommiſſar-Erben mit über L. 29. pr. de teſt. mil. Si a milite ſcriptus heres ſua ſponte adierit hereditatem, et rogatus totam hereditatem reſtituerit: ex Trebelliano tranſeunt actiones. Hierin hat das militariſche Teſtament nichts beſonders.

§. 791. Bey der Pupillar-Subſtitution hat der Soldat den Vorzug, daß er ſich nicht ſelbſt zugleich ein Teſtament zu machen braucht. Wenn er auch blos dem Kinde das Teſtament macht, ſo gilt es doch. L. 15. § 5. de teſt. mil. Item tam ſibi, quam filio, jure militari teſtamentum facere poteſt. Et ſoli filio, tametſi ſibi non fecerit. Quod teſtamentum valebit, ſi forte pater vel in militia, vel intra annum militiae deceſſit.

L. 41.

L. 41. §. 5. eod. Si militis adita non fuerit hereditas: an ſubſtitutio, quam pupillo fecit, valeat, quaeritur. Et conſequens erit, hoc dicere, quia permittitur, militem filio facere teſtamentum quamvis ſibi non fecerit. Es wird daraus von dem Juriſten der Satz gefolgert, daß, wenn auch ein Teſtament des Vaters in ſolchem Falle zugleich da iſt, ſolches aber ungültig iſt oder wird, dieſes dem Teſtamente des Kindes nicht ſchade.

§. 792. Ein anderer Vorzug iſt der, daß er auch Kindern, welche ſchon der väterlichen Gewalt entlaſſen ſind, ein Teſtament machen kann. L. 41. §. 4. de teſt. mil. Miles et emancipato filio ſubſtituere poteſt. Verum hoc jus in his exercebitur, quae ab ipſo ad eum, cui ſubſtituit, pervenerint: non etiam in his, ſi quae habuerit, vel quae poſtea acquiſierit. Nam et ſi filio ſuo, vivo adhuc avo, ſubſtituat: poſt acquiſitam ei avi hereditatem nemo diceret, ad ſubſtitutum pertinere. Da jedoch die Pupillar-Subſtitution in dieſem Falle auf das Vermögen eingeſchränkt iſt, welches der Vater dem Kinde verlaſſen, ſo iſt hier nicht ſo wohl eine Pupillar-Subſtitution, als vielmehr eine bedingte militar Subſtitution, da das Kind eine Zeitlang Erbe werden, unter gewiſſen Umſtänden aber, nemlich, wenn das Kind in der Impubertät verſtirbt, ein anderer Erbe des Teſtirers einrücken ſoll.

§. 793. Der Soldat kann, wie andere Väter bey der Pupillar-Subſtitution, den Mündel in ſeinem Teſtamente enterben, und ihn ſogar nach Willkür ausſchlieſſen. Iſt ſolches geſchehen, und das Kind bekommt dadurch, oder ſonſt, von des Vaters Vermögen nichts, ſo iſt auch deſſen Subſtitut, wie bey andern Teſtirern ebenfalls Rechtens iſt, nicht ſchuldig Vermächtniſſe des Teſtirers auszuzahlen. L. 41. §. 3. de teſt. mil. Si

miles

miles exheredaverit filium, vel ſciens, eum ſuum eſſe, ſilentio praeterierit: an legatum a ſubſtituto ejus dare poſſit, quaeſitum eſt. Dixi non poſſe: licet ampla legata reliqueret exheredato. Es iſt merkwürdig, daß auch der Subſtitut keine Legata auszahlen ſoll, wenn gleich der Mündel anſehnliche Vermächtniſſe vom Vater erhalten hat. Der Grund muß ſeyn, weil ehemals ein Legatarius nicht mit Legatis beſchwert werden konnte, ſondern nur mit Fideicommiſſen. Nachdem Juſtinian dieſen Unterſchied aufgehoben, würden die Endworte der Stelle nun weggeſtrichen werden müſſen.

§. 794. Der Soldat kann auch nach der Zeit der Pubertät dem Kinde Erben ernennen. Sie ſind aber in dieſem Falle wieder nicht eigentlich Pupillar-Erben, ſondern erhalten nur des Teſtirers Vermögen, als Erben der direkten Militar Subſtitution. L. 8. C. de impub. et al. ſubſt. Precibus tuis manifeſtius exprimere debueras, maritus quondam tuus, miles defunctus, quem teſtamento facto heredem communem filium veſtrum inſtituiſſe proponis, et ſecundum heredem ſcripſiſſe, vtrumne in primum caſum, an in ſecundum, filio ſuo, quem habuit in poteſtate mortis tempore, ſi intra decimum quartum ſuae aetatis, annum, aut poſtea deceſſerit, ſubſtituerit. Nam non eſt incerti juris, quod ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate, primo tantum caſu habuit ſubſtitutum, et patri heres exſtitit: eo defuncto ad te omnimodo ejus pertineat ſucceſſio. Si vero ſubſtitutio in ſecundum caſum vel expreſſa, vel compendio, non vsque ad certam aetatem facta reperiatur: Si quidem intra pubertatem deceſſerit, eos habeat heredes, quos pater ei conſtituit. Si vero poſt pubertatem: tunc ejus te ſucceſſionem obtinente, veluti ex cauſa fideicommiſſi, bona, quae cum moreretur, patris ejus fuerint, a te peti non poſſunt. Die Mutter

hatte nicht angegeben, ob der Subſtitut blos als vulgar Subſtitut geerbt hatte, weil etwa das Kind vor dem Vater geſtorben, und die Vulgar-Subſtitution auf dieſen Fall eingetreten, oder das Kind Erbe geworden, und nach den Umſtänden die Pupillar-Subſtitution, die nicht ausdrücklich gemacht war, auch nicht, als ſtillſchweigend verordnet, angeſehen werden konnte. Im Fall das Kind vor dem Vater verſtorben, und die Vulgar-Subſtitution verordnet war, durfte nichts eingewandt werden. Wenn das Kind den Vater überlebt hatte, und keine andre als Vulgar-Subſtitution nach den Umſtänden ſtatt finden ſollte, ſo war nun die Vulgar-Subſtitution erloſchen, und einen Pupillar-Subſtituten hatte das Kind nicht. Compendio kann hier nicht von der pupillari tacita verſtanden werden. Es iſt hier von einer über die Impubertät hinaus gemachten Subſtitution die Rede, welche expreſſe oder compendio geſchehen. Die tacita pupillaris läſt ſich über die Impubertät hinaus nicht gedenken. Die Worte müſſen alſo dergeſtalt verſtanden werden: vel expreſſa, d. i. ausdrücklich mit dem Zuſatz, daß auch nach der Impubertät die Subſtitution ſtatt finden ſoll, vel compendio, d. i. mit den Worten: es ſterbe das Kind, zu welcher Zeit es wolle, welche Worte die Impubertät und die folgende Zeit zugleich entſchlieſſen. Non vsque ad certam aetatem nicht bis zu Erlangung der Pubertät. Im Fall, da über die Impubertät hinaus die Subſtitution geht, und das Kind in der Pubertät ſtirbt, ſoll die Verordnung, in Anſehung des Vermögens des Teſtirers, als Fideicommiß angeſehen werden. Man kann ſie auch als directam ſubſtitutionem militarem betrachten. Die Güter des Kindes ſind unter der Subſtitution hier nicht begriffen, ſondern gehören der Mutter (ejus te ſucceſſionem obtinente), das Vermögen,

ſo vom Vater hergekommen, hingegen fällt an den Subſtituten, Bona, quae etc.

§. 795. Dieſe Stelle giebt deutlich zu erkennen, daß bey militariſchen Teſtamenten die pupillaris vel vulgaris ſubſtitutio tacita nicht angenommen werde. Man mißbraucht ſie, wenn man daraus ſchließt, daß überhaupt die pupillaris tacita nicht anzunehmen, wenn ein Fremder ſubſtituirt, und eine Mutter vorhanden iſt. Wenn hier auch ein Kind des Soldaten vulgariter ſubſtituirt wäre, würde es dennoch keine ſubſtitutionem pupillarem tacitam machen. A. Faber Conject. L. 15. c. 10. Die erwähnte Meynung, welche zu verwerfen, hat Aurel. Variant. Cujac. Otto Theſ. Tom. 3. p. 784., welcher von dem Fall, da ein Fremder ſubſtituirt iſt, unſere Stelle; von dem Fall, da ein Bruder ſubſtituirt iſt, die Anhangs-Clauſel L. 45. pr. de vulg. et pup. ſubſt. erklärt, und den Unterſchied durch L. vlt. C. de Inſt. et ſubſt. beſtärkt. Coſta Var. Ambiguit. Otto Theſ. Tom. 4. p. 1225. iſt ebenfalls der Meynung, daß im militariſchen Teſtamenten ſubſtitutio tacita wegfalle cf. Leykam. Membr. 1. E. 2.

§. 796. Eben das, was §. 794. geſagt iſt, enthält auch L. 15. ff. de vulg. et pup. ſubſt. Centurio filius, ſi intra quintum et viceſimum annum aetatis ſine liberis vita deceſſerit, directo ſubſtituit: Intra 14. annos etiam propria bona filio ſubſtitutus jure communi capiet: poſt eam autem aetatem ex privilegio militum patris duntaxat, cum fructibus inventis in hereditate. Fructus inventi in hereditate ſind die Früchte, welche zur Zeit des Todes des Erblaſſers vorhanden waren, und die Maſſe der Erbſchaft vermehrten. Dieſe machen einen Theil der vom Fiduciario angetretenen und zu reſtituirenden Erbſchaft. Aus dieſer Stelle will Cabot diſputatt. bey Meerm. Theſ. Tom. 3. p. 632. beweiſen, daß ein ausgedruckter Fall auch im militariſchen Teſtamen-

men-

menten, der nicht ausgedrückt, mit enthalte, daß daher auch, wie bey militariſchen Teſtamenten, ſo bey andern eine vorhandene Mutter die ſtillſchweigende Pupillar-Subſtitution ausſchlieſſe. Es ſind aber alles falſche Sätze cf. Ribeira Obſervatt. bey Meerm. Theſ. Tom. 5. p. 566. Unter fructibus in hereditate inventis verſteht de Retes bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 756. die Früchte, welche zur Zeit des Todes des Sohnes ſich bey der Erbſchaft finden. Uebrigens meint er, die Subſtitutio militaris, ſo auf gewiſſe Jahre geſchehe, ſey directa die, welche auf Lebenszeit des Sohnes geſchehe, wäre fideicommiſſaria p. 757. welches ohne Grund und Nutzen iſt. cf. J. Cephali Comm. in L. Centurio. A. de Souſa de Macedo ad L. Centurio.

§. 797. Iſt der Vater, welcher dem Kinde ein Teſtament macht, ein Filiusfamilias, ſo erſtreckt ſich wie das erſte, alſo auch das zweyte, nemlich des Kindes, Teſtament blos auf die caſtrenſia. Das eigne Vermögen des Kindes, und das, was noch in den Händen des Großvaters befindlich iſt, gehört dem Subſtituten nicht L. 28. de teſt. mil. Cum filiusfamilias miles deceſſiſſet, filio impubere herede inſtituto, eique ſubſtituiſſet in avi poteſtate manenti, tutoresque dediſſet. Divi fratres reſcripſerunt, ſubſtitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere: quia hereditati quidem ſuae miles, qualem vellet ſubſtitutionem facere poteſt. Verumtamen alienum jus minuere non poteſt. Der Enkel ſteht unter des Großvaters Gewalt. Daher heiſt es patrem habenti tutor non datur.

§. 798. Die Regel, daß unter der ausgedrückten Vulgar-Subſtitution, bey einer Subſtitutione reciproca, die Pupillar-Subſtitution alsdenn nicht ſtillſchweigend begriffen ſey, wenn nicht beyde Miterben der leztern fähig

 ſind,

ſind, iſt bey dem Soldaten um ſo mehr wahr, da die Subſtitutio tacita bey ihm ſchon ordentlicher Weiſe wegfällt. Wenn jedoch deſſen Abſicht es erweißlich geweſen, daß die leztere unter der erſtern auch hier mit enthalten ſeyn ſoll, ſo verſteht es ſich, wie bey jedem Teſtirer, daß alsdenn ein anders anzunehmen ſey. L. 6. C. de teſt. mil. In teſtamento quidem ejus, qui non miles fuit, ſi duobus heredibus inſtitutis, altero, cui potuit vsque ad tempus pubertatis parens facere teſtamentum, altero, cui poſteaquam heres exſtitit, ſubſtituere non potuit, invicem ſubſtitutio eisdem verbis facta eſt: in eum ſolum caſum eam locum habere, ſententiis prudentum virorum, et conſtitutionibus divorum parentum meorum placet, quo vtrique pari ratione potuit ſubſtitui. Sed cum ex teſtamento militis controverſiam eſſe proponas, defuncta parvula ejus filia, poſteaquam heres exſtitit patri, cum qua ſimul aequis partibus heres inſtitutus eras, ſubſtitutione invicem facta: et mater quidem inteſtatae filiae ſibi ſucceſſionem defendat, tu autem ex ſubſtitutione ad te pertinere contendas: juris quidem ratio manifeſta eſt, licere militibus proprio privilegio etiam heredibus extraneis, poſteaquam heredes exſtiterint, mortuis ſubſtituere: ſed tibi probandum eſt, an ita frater tuus ſenſerit. In dem Falle des Geſetzes entſtand die Frage, ob nicht zwiſchen der Tochter und dem Miterben eine Subſtitutio reciproca militaris anzunehmen wäre. Weil aber die reciproca ſubſtitutio ſchlechthin genommen eine vulgaris iſt, und unter dieſer bey Soldaten nicht einmal pupillaris tacita begriffen iſt, ſo konnte es noch weniger tacita pupillaris ſeyn. Jedoch es war ein Beweis des gegentheiligen Willens des Erblaſſers zuläßig. A. Faber Conjectur. L. 15. c. 11. deſſen Err. pragm. D. 72. E. 7.

§ 799.

§. 799. Wenn ein Soldat ſeinem Knechte ein Legat vermacht, ſo erhielt dieſer dadurch auch zugleich die Freyheit, wenn ihm gleich ſolche nicht ausdrücklich dazu gegeben iſt. L. 40. §. 1. de teſtam. mil. Idem reſpondit, ex teſtamento ejus, qui jure militari teſtatus eſſet, ſervum (licet ſub conditione) legatum meruit, etiam libertatem poſſe ſibi vindicare. Das Legat mag bedingt oder unbedingt gegeben ſeyn, wenn nur die Bedingung zur Würklichkeit kommt. Bey einem andern nicht militariſchen Teſtament, wo ein paganus teſtirt, iſt es anders L. 7. eod. L. 1. C. de neceſſar. ſerv. hered. da nicht einmal das Legat ſelbſt ohne ausdrücklich vermachte Freyheit gilt L. pen. §. Illo C. de ſucceſſ. ſerv. hered. L. 4. C. de Legat. L. 7. C. de teſt. mil. lautet: Ex his verbis: *Fortunato liberto meo do lego*, vindicare tibi libertatem non potes, ſi pagani teſtamentum proponatur. At enim cum teſtatorem militem fuiſſe proponas: ſi non errore ductus libertum te crediderit, ſed dandae libertatis animum habuerit: libertatem equidem directam competere tibi, ſed et legati vindicationem habere te, praerogativa militaris privilegii praeſtat.

Dritte Rubrik.

In Anſehung der Aufhebung des Teſtaments.

§. 800. Das militariſche Teſtament gilt noch ein Jahr nach dem Abſchiede. §. 801. Ob blos beym gemeinen Mann oder auch bey dem Officier. §. 802. Die, welche einen ehrloſen Abſchied erhalten haben, ſind ausgenommen. §. 803. Wiefern das militariſche Teſtament bey Niederlegung des alten, und Antretung eines neuen Dienſtes fortdaure. §. 804. Ob der Erbe des zur rechten Zeit geſtorbenen Soldaten, ſpät oder früh zur Erbſchaft komme, iſt gleich. §. 805. Der Soldat kann ſein Teſtament ohne Feyerlichkeit wieder aufheben. §. 806. Wiefern ein ſolcher, der den Abſchied erhalten. §. 807. Das Teſtament wird durch

eine in der Folge verſuchte unzuläſſige Verordnung nicht aufgehoben. §. 808. Wenn das erſte Teſtament durch das zweyte einmal umgeworffen iſt, ſo wacht es durch des Zweyten nachherige Ungültigkeit nicht wieder auf. §. 809. Ein Soldat kann ſein Teſtament zum Theil aufheben, zum Theil fortgelten laſſen. §. 810. Teſtament des Soldaten der hernach in Kriegsgefangenſchaft geräth.

§. 800.

Iſt ein militariſches Teſtament gemacht, ſo gilt es auch nach geendigtem Feldzuge und Kriege, nicht nur ſo lange der Soldat im Dienſte bleibt, ſondern auch noch ein Jahr nach erhaltenem ehrlichen Abſchiede. L. 5. C. de teſt. mil. Ex teſtamento militis, ſive adhuc in militia, ſive intra annum miſſus honeſte deceſſit, hereditas et legata omnibus, quibus relicta ſunt, debentur: quia inter caetera, quae militibus conceſſa ſunt, liberum arbitrium, quibus velint, relinquendi ſupremis judiciis ſuis conceſſum eſt: niſi lex ſpecialiter eos prohibuerit.

§. 801. Doch iſt der Zuſatz von einem Jahre nach erhaltenem Abſchiede, den Worten der Geſetze nach, nur vom gemeinen Manne zu verſtehen L. 21. de teſt. mil. Quod conſtitutum eſt, vt teſtamentum militiae tempore factum, etiam intra annum poſt miſſionem valeret: quantum ad verba ejus, ad eos duntaxat, qui mitti ſolent, id beneficium pertinere exiſtimavit, ſecundum quod neque perfectos, neque tribunos, aut caeteros, qui ſucceſſoribus acceptis militare deſinunt, hoc privilegium habituros. Es ſcheint aber ſelbſt Africanus zu verſtehen zu geben, daß man den Sinn des Privilegii auch wohl auf die Officier, von welchen man nicht ſagte, quod mittentur, ſondern, quod ſucceſſores accipiant, ausdehnen könne.

§. 802. Aber denen, welche einen ehrloſen Abſchied erhalten, kam das Jahr nach erhaltenem Abſchiede zu ihrem Privilegio nicht weiter zu ſtatten. L. 26. pr. de teſt. mil. Teſtamenta eorum, qui ignominiae cauſa miſſi ſunt, ſtatim deſinunt militari jure valere, quod anni ſpatium teſtamentis eorum, qui honeſtam vel cauſariam miſſionem meruerunt, tribuitur.

§. 803. Wenn der Soldat ſeinen ehrlichen Abſchied noch nicht völlig ein Jahr gehabt, da er ſchon wieder unter die Soldaten genommen wird; ſo geht das Privilegium auf den neuen Dienſt fort, als wenn er nie aufgehört hätte, ein Soldat zu ſeyn. L. 38. §. 1. de teſt. mil. Miles teſtamentum fecerat. Deinde non ignominiae cauſa miſſus, rurſum cinctus eſt in alia militia. Quaerebatur, an teſtamentum ejus, quod in militia fecerat, valeret. Quaeſivi vtrum jure militari, an communi jure teſtatus eſt. Et ſi quidem communi jure teſtatus eſt, nulla dubitatio eſt, quin valeat. Sed ſi, vt miles, feciſſet teſtamentum, agitare coepi, quando adſumtus fuiſſet, poſtquam deſiit in numeris fuiſſe, vtrum intra annum, an poſt annum. Cognovi, intra annum eum adſumtum. Ergo, ſi, cum adhuc jure militari valeret, rurſus eodem jure poſſet teſtari: numquid, etiam poſt annum eo mortuo, valeat teſtamentum? Me movebat, quod alia militia eſt poſterior. Sed humanius eſt dicere, valere teſtamentum: quaſi conjuncto munere militiae. Non loquor de eo, qui voluit valere teſtamentum etiam adſumtus. Hic enim quaſi in militia ſequenti fecit teſtamentum, exemplo ejus, qui paganus fecit, deinde militare coepit. Alia militia eſt poſterior, heiſt, der zweyte Dienſt iſt ein anderer, von dem erſtern ganz unterſchiedener Dienſt. Non loquor etc. iſt von einem Falle zu verſtehen, da

der Soldat während des zweyten Dienſtes im Felde ſein altes Teſtament nochmals beſtätigt hat.

§. 804. Da es nur darauf ankommt ob der Soldat noch im Dienſt, oder binnen einem Jahre nach ſeinem Abſchiede geſtorben, ſo iſt es gleichgültig, wenn der Erbe des Teſtaments zur Erbſchaft gelange. Ob dieſes auch noch binnen Jahres Friſt geſchehe, oder nicht, darauf kommt nichts an. L. 38. pr. de teſt. mil. Quod dicitur: ſi miles intra annum, quam miſſus eſt, deceſſerit, valere ejus teſtamentum, quod jure militari fecerat: verum eſt, etiam ſi poſt annum conditio inſtitutionis exſtiterit mortuo eo intra annum. Id ideo, ſi heredi filio ſubſtituerit: nihilo intereſt, quando filius moriatur. Sufficit enim patrem intra annum obiiſſe. §. 3. J. de mil. teſt. Sed hactenus hoc illis a principalibus conſtitutionibus conceditur, quatenus militant et in caſtris degunt. Poſt miſſionem vero veterani, vel extra caſtra alii, ſi faciant adhuc militantes teſtamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in caſtris fecerint teſtamentum non communi jure, ſed quomodo voluerint, poſt miſſionem intra annum tantum valebit. Quid ergo, ſi intra annum quis deceſſerit, conditio autem heredi adſcripta poſt annum exſtiterit? An quaſi militis teſtamentum valeat? Et placet, valere quaſi militis. Die Stelle der Pandecten zielt auf die Pupillar-Subſtitution, wo der Pupillar-Erbe oft viele Jahre nach des Teſtirers Tode erſt Erbe nach deſſen Verordnung wird.

§. 805 Weil der Soldat ſein Teſtament ohne alle Feyerlichkeit macht, ſo iſt begreiflich, daß er ſolches ebenfalls ohne alle Form wieder aufheben und ändern könne L. 15. §. 1. de teſt. mil. Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare poteſt, ita et adimere poteſt.

Deni-

Denique ſi cancellaverit teſtamentum ſuum, vel inciderit: nullius erit momenti. Si tamen teſtamentum cancellaverit, et mox valere voluerit: valebit ex ſuprema voluntate. Et ideo cum miles induxiſſet teſtamentum ſuum, mox annulo ſuo ſignaſſet: qui ſuper ea re cogniturus erit, conſiderabit, quo propoſito id fecerit. Nam ſi mutatae voluntatis eum poenituiſſe probabitur: renovatum teſtamentum intelligetur. Quodſi ideo, ne ea, quae ſcripta fuerint, legi poſſint: cauſa irriti facti judicii potior exiſtimabitur. L. 17. §. 2. eod. Si eodem teſtamento miles eumdem heredem: deinde exheredem ſcripſerit: ademta videtur hereditas. Cum in paganorum teſtamento ſola hereditas exheredatione adimi non poſſit. L. 34. §. 2. eod. Nec tamen circa militem eadem adhibebitur diſtinctio. Nam quocunque modo teſtamentum faceret, noviſſima voluntate reſcindetur: quoniam voluntas quoque militis teſtamenti eſt. L. 15. §. a. heiſt: valebit ex ſuprema voluntate, es gilt die lezte und neueſte Erklärung, weil ſie die lezte iſt. Quod ſi ideo etc. Es kann dem Soldaten daran gelegen ſeyn, daß ſeines Teſtaments Inhalt, auch, nachdem es aufgehoben worden, Niemand erfahren ſoll. L. 17. §. 2. muß man mit der Florentina beſſer: hereditas ſola exheredatione adimi non poſſit leſen, obgleich einige das non weglaſſen. Bey gemeinen Teſtamenten giebt es in Anſehung der Aufhebung der Erbeinſetzung, wenn ſie auch in eben dem Teſtamente geſchieht, worin der Erbe ernannt iſt, manche Einſchränkung, ſo theils ſchon oben vorgekommen, theils unten ſich finden wird. Dieſe fällt bey militariſchen Teſtamenten weg. Die Diſtinction, worauf L. 34. §. 2. zielt iſt die, ob das vorher vorhanden geweſene Teſtament ein militariſches, oder mit gemeiner Form gemachtes Teſtament iſt. Es ſey das eine oder das andere, ſo hebt der Soldat, ſo lange er Soldat und im Felde iſt, ohne alle Form daſſelbe

auf. Bey einem ſolchen aber, der ſeinen Abſchied erhalten, und binnen Jahres Friſt ſein Teſtament, ſo er im Kriegs-Stande gemacht, aufheben will, iſt ein Unterſchied, ob er ein Teſtament mit gemeiner Form gemacht hatte, oder nur auf militariſche Art. Im erſtern Falle hilft ſeine Aufhebung nicht, wenn ſie nicht mit aller Form gemacht und vollendet iſt. Denn nach erhaltenem Abſchiede kann der Soldat, auch binnen einem Jahre, kein neues privilegirtes Teſtament machen. Alſo kann dadurch auch ein vorheriges nicht militariſches Teſtament nicht aufgehoben werden. Im andern Falle hingegen iſt jede nach der Vernunft hinlängliche Erklärung des Teſtirers zur Aufhebung dienlich. Das militariſche Teſtament gilt noch ein Jahr blos zu ſeinem Beſten, weil zu vermuthen, daß er es wünſcht, nicht zu ſeiner Beſchwerde. Will er alſo dieſes Vortheils und Vorzugs, ſo ihm die Geſetze gegönnt haben, ſich nicht bedienen, ſo kommt es nur auf einen Wink an, und man läßt ihn gelten, damit ihm das Privilegium nicht zur Kränkung gereiche.

§. 806. Dies lehrt L. 34. §. 1. de teſt. mil. Militia miſſus intra annum teſtamentum facere coepit, neque perficere potuit. Poteſt dici, ſolutum ita eſſe teſtamentum, quod in militia fecit, ſi jure militiae fuit ſcriptum. Alioquin ſi valuit jure communi, non eſſe jure reſciſſum. Teſtamentum facere coepit etc. Er hatte etwa das Teſtament ſchriftlich gemacht, wollte es den bey ſich habenden Zeugen zur Unterſchrift und Unterſiegelung vorlegen, es hatte auch ſchon einer und der andere unterſchrieben und unterſiegelt, es war aber noch nicht von allen geſchehen. Ehe deren Unterſchrift hinzukam, war der Teſtirer geſtorben.

§. 807. Wenn der Teſtirer ſein vorher gemachtes Teſtament nicht aufheben, ſondern nur etwas verordnen

wollen,

wollen, das aber nicht beſtehen kann, ſo gilt dieſe Verordnung nicht, jedoch bleibt das Teſtament bey Kräften. L. 13. pr. de teſt. mil. Idem eſt, et ſi de teſtamento mutando cogitavit: non, quia adimere volebat caſtrenſia bona heredi ſcripto, ſed quia de paternis teſtari volebat, et alium heredem ſcribere. Die Stelle will ſagen, das Teſtament gehe auch denn nur auf die caſtrenſia, nicht auf das übrige Vermögen, wenn der Teſtirer etwa vorher Jemanden die caſtrenſia und das übrige Vermögen zugleich verlaſſen, hernach aber in Anſehung des Uebrigen eine Veränderung vornehmen wollen. In ſolchem Falle war etwa der Vater noch am Leben. Es war alſo ungültig geweſen, daß der Teſtirer auch zu dem andern Vermögen einen Erben ernannt hatte. Die nachherige Aenderung des Erben in Anſehung dieſes Vermögens, ſo er zur Abſicht gehabt, war ebenfalls ungültig. Aber in Anſehung des im Dienſt erworbenen Vermögens war und blieb das vorhin geweſene Teſtament bey Kräften.

§. 808. Darin kommt des Soldaten Teſtaments-Aenderung mit dieſer Handlung anderer Teſtirer überein, daß, wenn die Aufhebung des erſten Teſtaments einmal gültig geſchehen, das erſte Teſtament ſeine Kräfte nicht wieder erhalte, falls auch die zweyte Teſtaments-Verordnung wieder ungültig wird. L. 36. §. 4. de teſt. mil. Miles jure communi teſtatus, poſtea teſtamento jure militiae ſuper bonis omnibus facto, poſt annum militiae vita deceſſerat. Prioris teſtamenti, quod ruptum eſſe conſtabat, non redintegrari vires conſtitit. Der Grund, warum das zweyte Teſtament das erſte umgeworffen, war, weil das erſte jure communi, das zweyte jure militari gemacht war. Dergleichen verſchiedene Teſtamente eines Soldaten, können nicht neben einander beſtehen. Wäre auch das zweyte jure communi

und das erſte jure militari gemacht geweſen, ſo würde eben dieſes zu ſagen ſeyn. A. Faber Err. pragm. D. 71. E. 6.

§. 809. Weil aber der Soldat zwey Teſtamente neben einander haben kann, ſo gilt die Aufhebung des vorhandenen Teſtaments auch alsdenn, wenn ſie nur auf einen Theil des Vermögens geht. Dieſen Theil bekommt denn der Erbe des neuern Teſtaments, das Uebrige behält der Erbe des ältern. Bey andern Teſtirern iſt dieſe Art zu verfahren nicht zuläſſig L. 36. §. 1. de teſt. mil. Miles caſtrenſium bonorum et non caſtrenſium diverſis heredibus inſtitutis, poſtea caſtrenſium bonorum alios heredes inſtituit. Prioribus tabulis tantum abſtuliſſe videtur, quantum in poſteriores contulerit. Nec videtur mutare, etſi prioribus tabulis vnus heres ſcriptus fuiſſet. Wenn der Soldat in dem erſten Teſtament zwey Erben ernannt hat, hernach in dem zweyten Teſtamente den einen derſelben abändert, ſo bleibt doch der andere aus dem erſten Teſtamente noch übrig.

§. 810. Wenn der Soldat nach gemachtem Teſtamente in die Kriegsgefangenſchaft geräth, und darin ſtirbt, ſo wird ſein Teſtament, wie anderer lezter Willen, nach dem Lege Cornelia beurtheilt L. 39. de teſt. mil. Si filiusfamilias miles captus, apud hoſtes deceſſerit: dicemus legem Corneliam etiam ad ejus teſtamentum pertinere. Sed quaeramus: ſi pater ejus prius in civitate deceſſerit, relicto nepote ex filio: an ſimiliter teſtamentum patris rumpatur. Et dicendum eſt, non rumpi teſtamentum quia ex eo tempore quo captus eſt, videtur deceſſiſſe. Das Similiter bezieht ſich wahrſcheinlich auf eine andere weggelaſſene Stelle des Paulus, wo er entſchied, daß, wenn der Großvater dieſes Enkels

kels ein Teſtament gemacht, die Geburt des Enkels, unter den angegebenen Umſtänden, deſſen Teſtament ungültig mache. Nun war die Frage eben, wenn der Sohn ein Teſtament gemacht, in ſolchem Falle auch deſſen Teſtament umgeworffen werde. Die Entſcheidung iſt verneinend, weil der Enkel in des Großvaters Gewalt kommt, und alſo nicht einmal eine agnatio ſui bey dem Gefangenen geſchieht.

Vierte Rubrik.

Von Dingen, worin bey militariſchen Teſtamenten kein Vorrecht iſt.

§. 811. Der Soldat beſtellt den Kindern Vormünder, wie andere Teſtirer. §. 812. Die militariſchen Teſtamente haben jure praetorio keine Vorrechte. §. 813. Der Erbe des Soldaten hat in Annehmung der Erbſchaft keine Vorrechte.

§. 811.

In Anſehung der Beſtellung der Vormünder hat der Soldat kein beſonder Recht, indem er, wie andere Teſtirer, nur ſeinen, nicht aber anderer Leute, Kindern Vormünder beſtellen kann L. 41. §. 2. de teſt. mil. Nec tutorem ei, qui in aliena poteſtate eſt, miles dare poteſt.

§. 812. Nur das bürgerliche Recht giebt dem militariſchen Teſtamente Vorzüge. Der Prätor vermehrte ſolche bey ſeinem prätoriſchen Erbrechts Grundſätzen nicht L. 15. §. 6. de teſt. mil. Bonorum poſſeſſionem vltra tempora edicto determinata, nec militis poſſe

agnoſci,

agnoſci, Papinianus libro quarto decimo quaeſtionům ſcribit: quia generalis eſt iſta determinatio.

§. 813. Da nur den Soldaten, nicht aber deſſen Erben, die beſondere Freyheiten in Erbſchafts-Sachen gegeben ſind, ſo iſt begreiflich, daß deſſen Erbe, wie die Erben anderer Erblaſſer, die Erbſchaft, wie ſie ihm dargeboten wird, ganz annehmen müſſe, und nicht zum Theil ſie annehmen; zum Theil aber davon ſich losſagen könne. L. 32. teſt. mil. Si ſecundum probabilem voluntatem militis hereditas ejus non adeatur, nec res caſtrenſes heredibus competunt.

Zwente Abtheilung.

Teſtament der Eltern unter den Kindern.

§. 814. Vorrechte des Teſtaments unter Kindern nach Theod. Iun. Verordnung. §. 815. Quelle, woraus die Verordnung genommen. §. 816. Unterſchied zwiſchen Theilung unter Kindern und Teſtament. §. 817. Erklärung des Conſtantin und Theod. Iun. Verordnung vom Teſtamente. §. 818. Juſtinians Verordnung. §. 819. Wie es zu halten, wenn noch andere, als Kinder, im Teſtamente ſtehen. §. 820. Enterbung im Teſtament unter Kindern. §, 821. Neuere Aenderung in Anſehung des Gebrauchs einer fremden Hand. §. 822. Ob die Verordnungen Conſtant. Theod. und Iuſtiniani nur eine Inteſtat-Verordnung betreffen und machen. §. 823. Ob 7 Zeugen zum Teſtament unter den Kindern erforderlich. §. 824. Ob auch ein mündlich Teſtament privilegirt ſey. §. 825. Ob zum privilegirten Teſtamente auch uneheliche, adoptirte und legitimirte Kinder hinlänglich. §. 626. Von der innern Form. §. 827. Ob actio ſuppletoria ad legitimam hier ſtatt finde. §. 828. Anmerkung des A. Faber von der Nov. 107. c. 1.

§. 814.

§. 814.

Eine andere Art privilegirter Teſtamente iſt das Teſtament, welches Eltern ihrer Kinder wegen machen. Chaufbur, Keifer, de teſtam. parent. int. lib. Fichtner an patri liceat. in teſtam. minus ſolenni relicta legit. de reliq. bon. int. lib. pro lub. teſtari. Carrach Krauſe de teſtam. int. lib. nuncup. Koenig de parent. int. lib. diſpon. Menken de teſtam. parent. int. lib. privil. ſine ſcriptur. inval. Wieſand ad Nov. 107. Zoller de lib. exhered. in teſtam. parent. min. ſolenn. Rivin. de filio in teſtam. parent. privil. non exheredand. a Corberon de teſtam. patris int. lib. Weidling de teſtam. quae parent. ex privil. Nov. 107. int. lib. ſuos cond. poſſ. Adringen de filio in imperf. patr. teſtam. ne bona quid. mente exhered. Dieſe ſind von Conſtantino M. zuerſt dergeſtalt privilegirt worden, daß ſie ohne alle äuſſere Feyerlichkeiten gelten ſollen. Wenn eine andere Perſon, als dieſe Kinder, mit im Teſtamente vorkommt, ſo wird dieſe, wofern die gehörigen Feyerlichkeiten fehlen, als nicht da ſtehend angeſehen, und ihren Antheil bekommen die Kinder mit L. 21. §. 1. C. de teſtam. Ex imperfecto autem teſtamento voluntatem tenere defuncti, niſi inter ſolos liberos a parentibus vtriusque ſexus habeatur, non volumus. Si vero in hujusmodi voluntate liberis alia ſit extranea mixta perſona, certum eſt, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam perſonam pro nullo haberi, ſed liberis accreſcere. Man behauptet nicht ohne Grund, daß nach dieſer Stelle ſelbſt Kinder der folgenden Grade, wenn auch die, welche zwiſchen ihnen und dem Teſtirer ſtehen, noch am Leben ſind, ebenfalls unter diejenigen gehören, welche im privilegirten Teſtamente eingeſetzt werden können.

§. 815.

§. 815. Der Zuſatz: Si vero in hujusmodi etc. iſt nicht von Theod. Iun. ſondern von den Verfaſſern des Cod. Iuſt. aus der Verordnung des Conſtantin. L. 26. C. fam. erciſc. eingeſchaltet. In der Novell. 9. des Theodoſius beym Cod. Theod. ſteht nur: Ex imperfecto autem teſtamento voluntatem teneri defuncti, niſi inter ſolos liberos habeatur, non volumus, und denn folgt gleich §. 2. Per nuncupationem etc. L. 26. C. fam. erciſc. lautet: Inter omnes duntaxat heredes ſuos, qui ex quolibet venientes gradu, tamen pares videntur eſſe, vel emancipatos, quos praetor ad ſucceſſionem vocat, ſive coeptum neque impletum teſtamentum, vel codicillus, ſeu epiſtola parentis eſſe memoretur, ſive quocunque alio modo ſcripturae quibuscunque verbis vel indiciis inveniantur relictae: judicio familiae erciſcundae (licet ab inteſtato ad ſucceſſionem liberi vocentur) ſervato ſenatus conſulti auxilio defuncti diſpoſitio cuſtodiatur, etiamſi ſolemnitate legum hujusmodi diſpoſitio fuerit deſtituta. Si vero in hujusmodi voluntate deſignatis liberis alia ſit mixta perſona: certum eſt, eam voluntatem, quantum ad illam duntaxat perſonam permixtam pro nulla haberi, L. 1. C. Th. famil. erciſc. Cum dividendae res erunt: dubitari non poteſt, ab heredibus ſuis conſenſum ſine vlla controverſia commodandum. Quod vero ad hujusmodi ſpectat ſcripturas, in quibus talis defunctorum mens fuiſſe invenitur, vt de teſtamento intelligatur tantummodo cogitatum, etſi repugnare jus videatur hujusmodi quoque conſcriptionem inter ſuos duntaxat heredes valere oportet: quemadmodum valent ſcripturae, ſimpliciter inchoatae, quas nulla ſolennitatis adminicula defendunt, ſolis nixae radicibus voluntatis. Licet enim ſub teſtamenti vocabulo coeptae, cum perfectae non ſint, neque appellari aliter vllo modo poſſint, evanuiſſe videntur, tamen diſpoſitiones vltimae, coloratam juris imaginem refe-

referentes, iuſtius in ſe legum proclivem favorem debeat provocare. Quamobrem cum filiis ac nepotibus civium jure, vel auxilio praetoris, vel ſuis heredibus defuncti ſucceſſio deferatur, etiamſi inceptum, neque impletum teſtamentum eſſe memoretur, vel ſi ab vtilitate verborum, vel ſolennitate juris inanis ſcriptura eſſe dicatur, conſiderari ſpecialiter voluntatem placet, et obſecundari protinus, cum res dividentur, nec retineri amplius, quam quod ſingulorum perſonis detegatur adſcriptum, vt et memoria defuncti non violetur parentis, et occaſiones litium dirimantur. Da L. 26. C. Iuſt. fam. erciſc. von L. 1. C. Th. eod. ſo davon die Quelle ſeyn ſoll, ſo ſehr abweicht; ſo iſt nicht ausgemacht, ob jener L. vlt. C. Iuſt. aus dieſem L. 1. C. Th. genommen ſey. L. 1. C. Th. redet nur von ſuis. Theodoſius L. 21. §. 1. C. Iuſt. de teſtam. hat die Sache auf alle Arten der Eltern und Kinder ausgedehnt. Daher ſcheint in L. 26. C. Iuſt. fam. erciſc. das vel emancipatos etc. gefloſſen zu ſeyn.

§. 816. Die bloſſe Theilung unter den Kindern, welche ohne Teſtament geſchahe, war ſchon längſt ohne alle äuſſere Feyerlichkeit üblich. L. 16. 21. C. famil. erciſc. L. 20. §. 3. L. 39. §. 5. eod. Von dieſer redet auch Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3. Avth. Si modo C. famil. erciſc. und verordnet, daß ſie nur von dem Verfertiger oder deſſen Kindern brauche unterſchrieben zu ſeyn.

§. 817. Die Stellen des Cod. Iuſt. ſowohl als Theod. lehren, daß nach Conſtant. M. Abſicht gar keine Zeugen zu den Teſtamenten unter Kindern nöthig ſind, daß darin eine ungleiche Theilung gemacht, daß ſchriftlich und mündlich die väterliche Diſpoſition errichtet werden könne, und daß dies von Kindern gelte, welche an ſich Inteſtat-Erben ſind, in welchem leztern Punkt L. 21.

§. 1. C. de teſtam. eine Aenderung gemacht. JCti auxilium in L. 26. C. iſt das SCtum Orphitianum, nicht Pegaſianum, wie A. Faber Err. pragm. D. 35. E. 1. meint. Ab heredibus conſenſum commodandum in L. 1. C. Th. heiſt: daß die Kinder mit der Verordnung des Vaters zufrieden ſeyn müſſen, und nichts dagegen ſagen dürfen.

§. 818. Nach der Zeit hat Juſtinian in der 107ten Novelle cap. 1. eine Verordnung wegen der Teſtamente unter Kindern gemacht, die folgendergeſtalt lautet: A Conſtantino divae memoriae lex ſcripta eſt, per antiquae conjecturae ſimplicitatem. Porro cauſarum varietas et natura eas frequenter mutans, egere leges emendatione noſtra praeparavit. Dicit itaque lex, oportere morientium voluntates, quando ſunt parentes, omnibus modis inter filios tenere, et tamen eos erubeſcit parentes exiſtentes: quia eis et claram rerum concedit ſignificationem, dicens et ſi non manifeſtae ſint eorum diſpoſitiones, apparuerint autem ex quibusdam indiciis et conjecturis, et qualibet ſcriptura: et ſic eas valere. Et hoc in ſuis et emancipatis filiis. Inſuper et Theodoſius decrevit, non in patribus ſolum hoc diſponens, ſed etiam in matribus et aſcendentibus vtriusque naturae. Hanc apprehendentes licentiam homines in tantam ingreſſi ſunt obſcuritatem, vt divinantibus magis, quam interpretantibus haec egerent. Itaque neque perſonas ſcribentes, neque rerum dicentes notitiam et forte nec quantitatem, tamen dignantur conjecturis et veriſimilium ratione talia permittere. Cap. 1. Nos igitur omnia clara et aperta conſiſtere volentes (quid enim ſic proprium eſt legum, ſicut claritas, maxime ſuper defunctorum diſpoſitionibus) volumus, ſi quis, litteras ſciens, inter ſuos filios voluerit facere diſpoſitionem, primum quidem ejus ſubſcriptione tempus de-

cla-

claret: deinde quoque filiorum nomina propria manu: ad hoc vncias, in quibus ſcripſit eos heredes, non ſignis numerorum ſignificandas, ſed per totas litteras declarandas: vt vndique clarae et indubitatae conſiſtant. Si vero etiam rerum voluerit facere diviſionem, aut in quibusdam rebus certis aut omnes, aut quasdam inſtitutiones ſtatuere, et harum inſcribat ſignificationes: vt ejus litteris omnia declarata, nullam vlterius contentionem filiis derelinquant. Si tamen aut vxori, aut extraneis perſonis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa aut libertates, et haec propria ſcripta manu, dictaque a teſtatoribus coram teſtibus, quoniam omnia conſequentur in diſpoſitione poſita ipſi et ſcripſerunt, et volunt valere, ſint firma: nihilo minuendo eo, quod videantur in charta ſcripta, reliqua obſervationem teſtamentorum non ſuſcipientia: ſed hoc ſolum immutetur, quod eius manus et lingua habet omnem virtutem chartae. Avth. Quod ſine C. de teſtam. ex Nov. 107. c. 1. Quod ſine ſubſcriptione ita procedit, ſi parens litteras edoctus, manu propria, non ſignis, ſed litterarum conſequentia declaret, et tempus, et liberorum nomina item et vnciarum numerum, ſeu ſigna rerum ſpecialium: in quo et aliis legari et fideicommitti et libertas relinqui poteſt. Per antiquae conjecturae ſimplicitatem heiſt, ſo der alten Einfalt nahe kommt. In åltern Zeiten konnte das Teſtament ganz mit fremder Hand geſchrieben ſeyn, wenn es nur vom Erblaſſer unterſchrieben war. L. 29. C. de teſtam. erforderte die Ausfüllung der Namen der Erben mit des Erblaſſers Hand bis es Nov. 119. erſt wieder aufhob. Et tamen erubeſcit parentes exiſtentes etc. bis ſignificationem muß beſſer heiſſen: et tantum veretur, ſuſpicatur, parentes, vt et obſcuram rerum declarationem eis permittat. Tam de ſuis, quam de emancipatis iſt, von Conſtant. M. ge-

ſagt, ein Irrthum. Itaque neque perſonas etc. beſſer: Nam cum neque perſonas ſcribant, neque rerum notas indicent. Veriſimilium ratione d. i. praeſumtionibus. Die Verordnung geht auf geſchriebene Teſtamente. Wegen der mündlichen ſoll es vermuthlich bey dem vorigen Rechte bleiben. Litteras ſciens giebt nicht zu erkennen, daß, wer nicht ſchreiben kann, wenn er doch ein ſchriftlich Teſtament macht, das, was in dieſer Novelle ſteht, nicht nöthig habe zu beobachten. Sondern es iſt nur enunciative eingeſchaltet, weil von einem geſchriebenen Teſtamente die Rede iſt. Bey den geſchriebenen Teſtamenten ſind verſchiedene Beſonderheiten verordnet. Es ſoll das Datum beygefügt werden, die Namen der Kinder ſoll der Teſtirer mit eigner Hand ausdrucken. Der Theil jedes Kindes ſoll ohne Abkürzung, deutlich ausgeſchrieben, beſtimmt werden.

§. 819. Wenn, auſſer den Kindern, andere zu Erben ernannt werden, ſo iſt wegen der Form nichts beſtimmt. Es bleibt in dieſem Punkte bey dem vorigen Rechte. Falls aber ſolchen Perſonen Vermächtniſſe gegeben werden wollen, ſo ſollen Zeugen zugezogen, und überdem gegen dieſe mündlich erklärt werden, daß alles, was im Teſtament verordnet ſteht, des Teſtirers Wille ſey. Hier ſind offenbar 2 Zeugen hinlänglich. Wenn ſo viel vorhanden ſeyn ſollten, als die Feyerlichkeit der Vermächtniſſe ordentlicher Weiſe erfordert, ſo war nicht nöthig, ſolcher wegen etwas zu erinnern, ſo wäre auch nicht abzuſehen, warum nur von Vermächtniſſen etwas geſagt wird, und ſo iſt nicht zu vereinigen, warum der Teſtirer vor den Zeugen noch eine mündliche Erklärung thun ſoll. Bey den gewöhnlichen Feyerlichkeiten der Vermächtniſſe kann man auch blos ſchriftliche Verordnung machen, und braucht mit der ſchriftlichen nicht die mündliche Erklärung zu verbinden. A. Faber Err. pragm.

pragm. D. 36. E. 3. erfordert 5 Zeugen Rivin de teſtam. parent. int. lib. coram duob. teſtib. reſp. extran. perſon. inval.

§. 820. Daß auch Enterbung in dem privilegirten Teſtamente geſchehen könne, iſt, weil die Geſetze es nicht verbieten, billig zu behaupten. Die das Gegentheil behaupten, gründen ſich gemeiniglich darin, daß die Theile jedes Kindes nach Nov. 107. c. 1. im Teſtamente ausgedruckt werden ſollen, oder auch, wie A. Faber Err. pragm. D. 36. E. 5. darin, daß das Teſtament unter Kindern eine Inteſtat-Verordnung ſey. Weil aber das leztere falſch und aus dem erſtern nichts folgt; ſo bleibt es bey unſerer Meynung.

§. 821. Gleich nach dieſer Novelle hat Juſtinian in der 119. Novelle verordnet, daß jeder Teſtirer ſein Teſtament durchaus von fremder Hand fertigen laſſen könne, wenn er nur ſeinen Namen unterſchreibt. Es iſt daher zu glauben, daß dieſes auch dem Teſtamente unter Kindern zu ſtatten kommen ſoll.

§. 822. A. Faber Err. pragm. D. 35. E. 3. nimmt die Meynung an, daß die privilegirte Verordnung der Eltern, wovon Conſtantin. Theodoſ. und Iuſtinian geredet, nur eine Diſpoſitio inteſtati ſey. Von Conſtantin leitet er es aus den Worten: licet ab inteſtato ad ſucceſſionem liberi vocentur. Theodoſius beziehe ſich auf die vorige Conſtitution und Iuſtinian habe die vorigen Verordnungen eher einſchränken, als erweitern wollen. Es iſt aber die erſte Herleitung falſch, da, wie dieſe Worte zu verſtehen und mit den Worten ſenatusconſulti auxilio einerley Parentheſe machen, oben vorgekommen iſt. Alſo fällt alles weg, was darauf ferner gebauet wird. Vinn. Obſ. Sel. L. 2. c. 17. führt mit Recht ge-

gen ihn die Gründe an, daß die Kinder zu Erben ernannt werden, welches ab inteſtato nicht angeht, und zu Wiederrufung eines Teſtaments unter Kindern ein feyerliches neueres Teſtament nöthig iſt.

§. 823. Cujac. hat in ſeiner erſten conſultation behauptet, es ſeyen zu den privilegirten Teſtamenten unter Kindern 7 Zeugen nöthig, weil weder Conſtantin. noch Theod. noch Iuſtinian von Zeugen etwas geſagt. A. Faber widerlegt ihn aber mit Recht Err. pragm. cit. Dec. 35. E. 2. Die Verordnung des Conſtantin zeigt offenbar eine Erlaſſung aller Feyerlichkeiten, und Nov. 107. c. 1. lehrt die Abweſenheit der Zeugen deutlich durch das, was dieſe Verordnung von Vermächtniſſen zum Beſten eines Fremden enthält.

§. 824. Die 3 Verordnungen reden unmittelbar blos von einem geſchriebenen Teſtamente. Daher verſchiedene Rechtslehrer, auch A. Faber Err. pragm. D. 35. E. 4. behaupten, daß bey mündlichen Teſtamenten unter Kindern die ganze Feyerlichkeit der Teſtamente nöthig ſey. Beſonders gründet ſich Faber darauf, daß L. 21. §. 2. de teſtam. gleich nach dem Privilegio des elterlichen Teſtaments §. 1. von der Feyerlichkeit der mündlichen Teſtamente geredet werde, ohne das elterliche Teſtament auszunehmen. Da aber dieſer Grund wenig Stärke hat, und die Abſicht der Verordnung, beſonders der Conſtantiniſchen, iſt, die Teſtamente der Eltern von Feyerlichkeiten ganz frey zu machen; ſo laſſen ſie ſich gar wohl auf mündliche Teſtamente erweitern cf. Vinn. Obſ. Sel. L. 2. c. 18.

§. 825. Die Verordnungen gehen nur auf Kinder, die ab inteſtato erben. Alſo nicht auf unehliche bey dem väterlichen Teſtament. Eher bey dem mütterlichen. A.

Faber

Faber l. c. E. 5. Auf adoptirte und legitimirte Kinder kann man ſie ausdehnen cit. E. 5. und E. 6.

§. 826. Weil von innern Feyerlichkeiten nichts erlaſſen iſt, ſo muß auch der Pflichttheil titulo inſtit. honorabili verlaſſen ſeyn A. Faber Err. pragm. D. 36. E. 3.

§. 827. Weil A. Faber annimmt, daß das privilegirte teſtamentum inter liberos eine diſpoſitio inteſtati iſt, ſo will er, l. 3. D. 36. E. 4. wenn einem Kinde weniger, als der Pflichttheil, gegeben iſt, nicht actionem ſuppletoriam auf den Pflichttheil, geben, ſondern es ſoll die quarta Pegaſiana geſucht werden. Der Vorderſatz iſt aber falſch, und die quarta Pegaſiana paßt hier nicht. Bey diviſionibus inter liberos die keine Teſtamente ſind, würde ebenfalls, bey gemindertem Pflichttheile, die Suppletoria zu brauchen ſeyn.

§. 828. Weil die Form Nov. 107. c. 1. genau beobachtet werden muß, ſo behauptet A. Faber Err. pragm. D. 36. E. 9. ganz recht, daß, wenn der Vater das Teſtament ganz mit fremder Hand ſchreiben laſſen, ſolches nach dieſer Novelle auch nicht einmal als ein teſtamentum nuncupativum beſtehen könne. Die Sache hat ſich aber durch die 119te Novelle geändert.

Dritte Abtheilung.

Teſtament der Leute auf dem Lande.

§. 829. Vorrechte dieſes Teſtaments.

§. 829.

Auſſerdem hat Juſtinian den Landleuten die Freyheit gegeben, daß ſie, wenn ſie auf dem Lande ſich befinden, und nicht mehr, als 5 Mannsleute, zu Zeugen haben können, blos mit dieſer Zahl ein gültiges Teſtament machen.

Wollen ſie ein ſchriftlich Teſtament machen, und es ſind zwar mehr, als 5 Mannsleute zu haben, aber nur bis 5 derſelben können ſchreiben, ſo ſind dieſe zur Unterſchrift hinlänglich. Sollen noch weniger vorhanden ſeyn, die des Schreibens erfahren, ſo kann doch ein ſchriftlich Teſtament gemacht werden, wenn nur dieſe für die andere, welche das Schreiben nicht verſtehen, ihren Namen beyfügen. Nur muß in ſolchem Falle denen, welche nicht ſelbſt unterſchreiben, der Inhalt des Teſtaments bekannt gemacht werden, L. 31. C. de teſtam. Et ab antiquis legibus, et a diverſis retro principibus ſemper ruſticitati conſultum eſt, et in multis legum ſubtilitatibus ſtricta obſervatio eis remiſſa, quod ex ipſis rerum invenimus documentis. Cum enim teſtamentorum ordinatio ſub certa definitione legum inſtituta ſit: homines ruſtici, et quibus non eſt litterarum peritia, quomodo poſſunt tantam legum ſubtilitatem cuſtodire in vltimis ſuis voluntatibus? Ideoque ad Dei humanitatem reſpicientes, neceſſarium duximus per hanc legem eorum ſimplicitati ſubvenire. Sancimus itaque in omnibus quidem civitatibus et in caſtris orbis Romani, vbi et leges noſtrae manifeſtae ſunt, et litterarum viget ſcientia, omnia, quae in libris noſtrorum digeſtorum ſeu Inſtitutionum, et imperialibus ſanctionibus, noſtrisque diſpoſitionibus in condendis teſtamentis cauta ſunt, obſervari, nullamque ex praeſenti lege fieri innovationem. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines litterati, per praeſentem legem ruſticanis concedimus antiquam eorum conſuetudinem legis vicem obtinere: ita tamen, vt vbi ſcientes litteras inventi fuerint, ſeptem teſtes (quos ad teſtimonium convocari neceſſe eſt) adhibeantur, et vnusquisque pro ſua perſona ſubſcribat. Vbi autem non inveniuntur litterati, ſeptem teſtes etiam ſine ſcriptura teſtimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inven-

venti fuerint ſeptem teſtes, vsque ad quinque modis omnibus teſtes adhiberi jubemus: minus autem nullo modo concedimus: Si vero vnus aut duo vel plures fuerint litterati: liceat eis pro ignorantibus litteras, praeſentibus tamen, ſubſcriptionem ſuam interponere: ſic tamen: vt ipſi teſtes cognoſcant teſtatoris voluntatem: et maxime, quem vel quos heredes ſibi relinquere voluerit: et hoc poſt mortem teſtatoris jurati deponant. Quod igitur quisque ruſticorum (ſicut praedictum eſt) pro ſuis rebus diſpoſuerit: hoc omnino legum ſubtilitate remiſſa firmum validumque conſiſtat. Philippi de teſtam. homin. rural. Stryk de teſtam. ruſticor. Otto de teſtam. ruſticor. Frieſe. ad L. fin. C. de teſtam.

Vierte Abtheilung.

Teſtament zur Zeit anſteckender Krankheiten.

§. 830. Vorrechte und Fall dieſes Teſtaments. §. 831. Ienſii Meynung. §. 832. Iac. Godofredi Erklårung. §. 833. Cujacii Meynung. §. 834. Ob der Erblaſſer mit der Krankheit behaftet ſeyn můſſe. §. 835. Ueberſetzung in Baſilicis. §. 836. Beurtheilung.

§. 830.

Endlich iſt ſchon durch Diocletian und Maximian. bey den Zeiten herrſchender Epidemie den Teſtirern erlaſſen, die Zeugen alle zuſammen um ſich zu haben. Sie kônnen ſolche nach der gemeinen Erklårung nach und nach zu ſich kommen laſſen, und ihnen dergeſtalt einzeln erôfnen, was bey jedem der Zeugen nôthig iſt. Weder Zeugen noch Erblaſſer brauchen

nach dieſer Erklärung mit der Krankheit behaftet zu ſeyn. Die verſchiedene Meynungen über das Privilegium dieſes Teſtaments ſehe man bey Conſtantin. Subtil. Enod. Otto Theſ. Tom. 4. p. 530. Sturm, Spiring. de teſtam. temp. peſtis cond. Ziegler de teſtam. temp. peſt. privil. Fauſt de L. 8. C. de teſtam. ad temp. peſt. non trah. L. 8. C. de teſtam. Caſus majoris ac novi contingentis ratione adverſus timorem contagionis, quae teſtes deterret, licet aliquid de jure laxatum eſt: non tamen prorſus reliqua teſtamentorum ſolennitas peremta eſt. Teſtes enim hujusmodi morbo oppreſſos eo tempore jungi atque ſociari remiſſum eſt: non etiam conveniendi numeri eorum obſervatio ſublata eſt.

§. 831. Ienſ. Strictur. p. 597. meint, da die Baſilicae die Sachen ſo vorſtellen, als wenn der Erblaſſer eine anſteckende Krankheit gehabt, und die Zeugen ſich gefürchtet, ſich ihm zu nähern, ſo müſſe auch würklich dieſes Geſetz dergeſtalt erklärt werden. Das Privilegium beſtehe hier lediglich darin, daß die Zeugen nicht brauchten in einerley Zimmer mit dem Erblaſſer zu ſeyn, ſondern ſie könnten in einer Entfernung von ihm, da ſie ihn doch ſehen und hören könnten, zuſammen kommen und dergeſtalt ihre Zeugen Pflicht thun. Auf ſolche Art würde aber gar kein Privilegium heraus kommen, mit dem lateiniſchen Text dieſe Erklärung ſchwer zu vereinigen ſeyn, und den Baſilicis mehr Anſehen beygelegt werden, als ſie verdienen.

§. 832. Iac. Godofr. in Opp. minor. p. 627. ſqq. erklärt die Verordnung ganz anders. Er leugnet, daß ſie einen Fall betreffe, wo Peſt herrſcht. Er leugnet, daß der Erblaſſer von der Krankheit behaftet ſeyn müſſe, und daß in Anſehung der Zahl der Zeugen oder deren Zuſammenkunft etwas beſonders geſtattet ſey. Der Inhalt

ſey

ſey blos folgender: Wenn während der Handlung des Vortrags und der Solenniſirung des Teſtaments von ohngefähr einen Zeugen eine ſolche unvermuthete Krankheit überfalle, wodurch die Zeugen erſchreckt werden, und welche auch anſtecken kann, wohin er fallende Sucht, Raſerey u. dgl. rechnet; ſo ſey es geſtattet, daß die übrigen Zeugen ſich ſo lange von dem Erblaſſer entfernen können, bis wegen des unglücklichen Zeugen die nöthigen Veranſtaltungen getroffen, und er entfernt worden. Sobald ſolches aber geſchehen, müſten die Zeugen wieder zuſammen kommen, und das was beym Teſtamente, vorzunehmen noch rückſtändig, müſte denn ſo fort hinzugethan werden.

§. 833. Cujacius nahm eine Peſt Zeit, und einen Fall an, wo Erblaſſer oder Zeugen damit behaftet. Teſtes oppreſſos erklärte er durch Zeugen, welche von der Frucht der Anſteckung ergriffen und erſchreckt worden. Dieſe Zeugen könnten auſſer der Gegenwart des Erblaſſers noch an demſelben Tage unterzeichnen, und der mit Peſt befallene Zeuge könne allein, ohne die übrigen, ſeine Unterzeichnung thun.

§. 834. Einige leſen für oppreſſos lieber oppreſſis, und ziehen es auf dem Erblaſſer, welches aber Godofredus nicht geſtatten will.

§. 835. In den Baſilicis heißt es: Δεδιοτες ὁι μαρτυρες πλησιασαι τῳ διατεθεμενῳ δια τυμη της νοσου μεταλαβειν συγχωρειθωσαν κεχωρισμενος δι αυτον σφριγισαι την διαθηκην. Si metuerint teſtes accedere prius ad teſtatorem, ne morbi contagione inficiantur: permittatur eis, vt ſeparatim ab eo teſtamentum ſignent.

§. 836.

§. 836. Bey genauer Anſicht des Texts bleibt immer die oben angeführte gemeine Erklärung die bequemſte und beſte.

Sechſtes Kapitel.

Würkung des gültigen Teſtaments zur Erlangung der Erbſchaft.

§. 837. Von andern angeblich privilegirten Teſtamenten. §. 838. Der ernannte Erbe kan bey einem gültigen Teſtamente ſo fort die Erbſchaft in Beſitz nehmen. §. 839. Wenigſtens die Sachen, welche der Erblaſſer beſeſſen. §. 840. Bey einem ungültigen Teſtamente geht das nicht.

§. 837.

Von andern angeblich privilegirten Teſtamenten ſehe man Stryk de teſtam. in itin. cond. Rau de teſtam. peregrinant. Wasmuth de teſtam. peregre fact. Reinhard de teſtam. parturient. privil. et jure ſingul. nullo munit. Brummer vtrum teſtam. parturient. ſint privil. Meine Abh. ob ein ohne die vorgeſchr. Form. gemacht Teſtam. des vorhand. geweſ. auſſerord. Nothfalls wegen gültig ſey.

§. 838. Der in einem gültigen Teſtamente ernannte Erbe kann ohne Weitläuftigkeit den Beſitz der Erbſchaft erlangen und einem andern abfordern, Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 16. Scriptus heres, vt ſtatim in poſſeſſionem mittatur, jure deſiderat. Hoc poſt annum impetrare non poterit. Das war die Verordnung des K. Hadrians, Iuſtinian hat die Einſchränkung auf ein Jahr aufgehoben.

§. 839. Der Erbe bekommt hier vor der Hand aber nur die Sachen, welche der Verſtorbene bey ſeinem Abſterben im Beſitz hatte. Paul l. c. §. 18. In poſſeſſionem earum rerum, quas mortis tempore teſtator non poſſedit, heres ſcriptus priusquam jure ordinario experiatur probe mitti deſiderat.

§. 840. Bey einem offenbar ungültigen Teſtamente fällt dieſe Beſitz-Ergreifung weg. Paul. Sent. l. c. §. 17. In eo teſtamento, quod nec, vt oportuit, oblatum, nec publice recitatum eſt, heres ſcriptus in poſſeſſionem mitti fruſtra deſiderat.

Siebentes Kapitel.

Ungültigkeit der Teſtamente.

Erſte Abtheilung.

Ungültigkeit überhaupt.

§. 841. Von ungültigen Teſtamenten überhaupt. §. 842. Aus einem ungültigen Teſtament erhält auch der Landes-Fürſt nichts. §. 843. Während des Streits über die Gültigkeit erhält der Teſtaments-Erbe Beſitz. §. 844. Der Inſtitut erhält ihn im Streit mit dem Subſtitut. §. 845. Wie eine Ungültigkeit nach der Natur der Sache vorhanden ſeyn könne. §. 846. Nach den Geſetzen. §. 847. Aeltere Benennungen der Ungültigkeiten. §. 848. Beſonders von inſtitutionibus caducis. Dabey Rechte des Fiſcus oder Erben und Miterben ingleichen Uebertragung der Beſchwerden der Erbſchaft. §. 849. Vom Rechte der Eltern und Kinder in dieſer Materie. §. 850. Aufhebung der alten Grundſätze. §. 851. Geſetz von mehrern noch üblichen Ungültigkeitsfällen überhaupt.

§. 841.

Das Teſtament iſt, wenn der Wille des Teſtirers oder die Geſetze oder die Natur der Sache es mit ſich bringen, ungültig. Schneider de oblig. ex teſtam. imperf. Scherz teſtam. vel per ſcript. vel reſcript. Stock de injuſt. rupt. irrit. fact. teſtam. Bachmann Quib. mod. teſtam. infirm. Huwelmeyer, ad tit. inſt. quib. mod. teſt. inf. Lovn de mod. quib. teſt. inf. Reland de teſt. imperf.

§. 842. Wo eine Ungültigkeit ſich findet, fällt die Würkung der Verordnung hinweg, und der, dem etwas verlaſſen worden, erhält nichts. Selbſt der Kaiſer kann aus einer ungültigen Verordnung nichts bekommen §. 8. J. quib. mod. teſt. infirm. ſo ſchon oben vorgekommen L. 3. C. de teſtam. Ex imperfecto teſtamento nec imperatorem hereditatem vindicare poſſe, ſaepe conſtitutum eſt. Licet enim lex imperii ſolennibus juris imperatorem ſolverit: nihil tamen tam proprium imperii eſt, quam legibus vivere.

§. 843. Wenn wegen der Gültigkeit des Teſtaments geſtritten wird, ſo kann, während dieſes Prozeſſes, der darinn ernannte Erbe indeß verlangen, daß die Erbſchaft ihm in Beſitz gegeben, und er dabey geſchützt werde Paul Lib. 3. tit. 5. §. 14. Sive falſum, ſive ruptum, ſive irritum dicatur eſſe teſtamentum, ſalva eorum diſceptatione, ſcriptus heres jure in poſſeſſionem mitti deſiderat. Dies war durch ein Edict Kayſer Hadrians eingeführt, welches Juſtinian mit einer Aenderung beſtätigt hat. L. 3. C. de Ed. div. Hadr. toll.

§. 844. Weil alſo im Streit zwiſchen dem Inſtituto und Subſtituto die Inſtitution der Subſtitution vorgeht, und jene ſo lange beſteht, bis deren Ungültigkeit aus-

ausgefochten iſt, ſo bedient ſich der Inſtitut des Beſiz-zungsmittels ſelbſt gegen den Subſtituten. Paul Sent. l. c. §. 15. Si inter heredem inſtitutum et ſubſtitutum controverſia ſit, magis placuit, eum in poſſeſſionem rerum hereditariarum mitti, qui primo loco ſcriptus eſt.

§. 845. Die Ungültigkeit iſt entweder von Anfange vorhanden, oder ſie entſteht erſt in der Folge. Wie die Natur der Sache eine Ungültigkeit mit ſich bringen könne, weiß ein jeder. Dem Teſtirer kann es an Verſtande oder freyen Willen gemangelt haben, er kann geirrt haben, die Verordnung kann unverſtändlich ſeyn, oder es können ſich Umſtände ereignet haben, daß nun nicht weiter heraus zu kommen iſt, oder daß die Verordnung nun nothwendig wegfallen muß. Koch. de teſtam. vel per matrim. vel per nullit. rupto Pregel. de teſtam. rupto.

§. 846. Die Geſetze machen eine Ungültigkeit, wo entweder von Anfange die gehörige Form nicht beobachtet worden, oder bey der Perſon des Erblaſſers, Erben, den Umſtänden, u. ſ. w. in der Folge etwas einzuwenden iſt. Scherz. de teſtam. nullo.

§. 847. In den ältern Zeiten gab es darüber noch einige beſondere Benennungen, die auch eine Verſchiedenheit der Würkung mit ſich brachten, welche in den neuern Zeiten aufgehört haben. Dahin war beſonders dasjenige zu rechnen, was man caducum, quaſi caducum und vacans nennte. Dieſe Fälle hatten das Eigene an ſich, daß der, welchem etwas verlaſſen worden, es nicht nur nicht erhielt, ſondern auch der Miterbe oder Mit-Legatarius das jus accreſcendi nicht einmal hatte, vielmehr der ausfallende Theil confiſcirt wurde. Da neuerlich dieſe Härte aufgehört, ſo iſt nicht nöthig, ſolche beſondre

Ar-

Arten der Ungültigkeit von andern weiter zu unterſcheiden. Caducum heiſt ſonſt der Fall, da nach dem Tode des Teſtirers vor Eröfnung des Teſtaments die Verordnung hinfällig wurde, quaſi caducum oder in cauſa caduci, wenn nach dem Teſtamente vor dem Tode des Teſtirers ſolches geſchahe. Wo der Erbe oder Legatarius wegen Losſagung, oder weil er vor der Annehmung geſtorben, den ihm zugedachten Vortheil nicht erhielt entſtand hereditas vel legatum vacans. Dieſe caduca etc. führte Lex Iulia und Papia ein.

§. 848. Der Caducorum erwähnt Vlp. Fragm. tit. 17. §. 1. Quod quis ſibi teſtamento relictum, ita vt jure civili capere poſſit, aliqua ex cauſa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia, ſi coelibi, vel Latino Iuniano legatum fuerit, nec intra dies centum, vel coelebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium conſecutus ſit: aut ſi ex parte heres ſcriptus, vel legatarius ante apertas tabulas deceſſerit, vel pereger factus ſit. §. 2. Hodie ex conſtitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fiſco vindicantur: ſed ſervato jure antiquo liberis et parentibus §. 3. Caduca cum ſuo onere fiunt, ideoque libertates et legata, et fideicommiſſa ab eo data, ex cujus perſona hereditas caduca facta eſt, ſalva ſunt. Scilicet et legata et fideicommiſſa cum ſuo onere fiunt caduca. L. Iul. verordnete, daß ein Unverheyratheter nicht Teſtaments-Erbe werden könne, wenn er nicht noch binnen 100 Tagen nach dem eröfneten Teſtamente heyrathete, ingleichen daß ein Latinus Iunianus nicht Erbe werden ſolle, wenn er nicht binnen gleicher Zeit noch das Bürgerrecht erlangte. Pereger factus iſt derjenige, der das Bürgerrecht durch deportation oder ſonſt verlohren. Ein Erbe, der allein alles bekommen ſollte, konnte ſich auch vor Eröfnung des Teſtaments zur Erbſchaft erklären. L. Mulieri

lieri L. Multum de cond. et demonſtr. L. 1. §. vlt. de jur. et fact. dignor. Ein ſolcher aber, der nur einen Theil der Erbſchaft verlaſſen bekommen, durfte es vor Eröfnung des Teſtaments nicht thun. Starb er daher vor der Eröfnung, ſo fiel ſeine Ernennung hinweg, und der Fiſcus nahm ſeinen Theil an ſich. Die Worte Hodie ex conſtitutione etc. ſind verſezt. Es muß heiſſen: Omnia caduca fiſco vindicantur, ſed ſervato jure antiquo liberis et parentibus. Hodie ex conſtitutione Imperatoris Antonini caduca cum ſuo onere fiunt etc. Denn die Verordnung von den Rechten des Fiſcus an den caducis lag ſchon im Lege Iul. et Pap. Aber eine Verordnung des Antonius Caracalla verpflichtet den Fiſcus auch zu den Beſchwerden, ſo auf dem confiſcirten Theile lagen L. 74. de Leg. 1. L. 4. C. ad Trebell. ſo wie nach einer Verordnung des Severus und Antoninus der Subſtitut die Beſchwerden des Inſtituti allemal übernehmen muſte L. Si Titio §. vlt. de Leg. 2. woraus die Uebernehmung der Beſchwerden beym jure accreſcendi folgte. Ius antiquum iſt das Recht, welches vor dem L. Iul. et Pap. galt, daß die ausfallenden Theile und Vermächtniſſe dem juri accreſcendi oder dem Rückfall an denjenigen unterworffen waren, der auszahlen ſollte. Kinder und Eltern des Teſtirers übten dieſes Recht, wenn ſie coheredes, collegatarii oder ſolche waren, welchen eine Auszahlung auferlegt worden. Es waren aber auch noch ſonſt einige Fälle, wo von der Regel der fiſcaliſchen Wegnahme abgegangen wurde. Wo der Fiſcus nicht zugelaſſen wurde, war das jus accreſcendi cum onere zugelaſſen.

§. 849. Von dem erwähnten Rechte der Kinder und Eltern redet. Vlp. Fragm. tit. 18. Item liberis et parentibus teſtatoris vsque ad tertium gradum lex Papia jus antiquum dedit, vt heredibus illis inſtitutis

quod quis ex eo teſtamento non capit, ad hos pertineat, aut totum aut ex parte, prout pertinere poſſit:

§. 850. Von Aufhebung dieſer Grundſätze redet Iuſtinian L. vn. pr. C. de cad. toll. Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in ſe populus Romanus movebat, neceſſarium duximus, patres conſcripti, in pacificis noſtri imperii temporibus ab orbe Romano recludere, vt quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas ſopiret. Et quemadmodum in multis capitulis lex Pappia ab anterioribus principibus emendata fuit, et per deſuetudinem abolita: ita et a nobis circa caducorum obſervationem invidioſum ſuum amittat vigorem, qui et ipſis prudentiſſimis viris diſplicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret. Sed et ipſis teſtamentorum conditoribus ſic graviſſima caducorum obſervatio viſa eſt, vt et ſubſtitutiones introducerent, ne fiant caduca, et ſi facta ſint, ad certas perſonas recurrere diſponerent: vias recludentes, quas lex Papia poſuit in caducis: quod et nos fieri concedimus. Et cum lex Papia jus antiquum, quod ante eam in omnibus ſimpliciter verſabatur, ſuis machinationibus et anguſtiis circumcludens, ſolis parentibus et liberis teſtatoris vsque ad tertium gradum, ſi ſcripti fuerunt heredes, ſuum imponere jugum erubuit, jus antiquum intactum eis conſervans: nos omnibus noſtris ſubjectis ſine differentia perſonarum hoc concedimus. §. 1. Cum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quae circa defunctorum hereditates procedebant, ſumſit, et ideo non a morte teſtatoris, ſed ab apertura tabularum dies cedere legatorum ſenatus conſulta, quae circa legem Papiam introducta ſunt, cenſuerunt, vt quod in medio deficiat, hoc caducum fiat, primum hoc porrigentes et antiquum ſtatum renovantes, ſancimus

cimus, omnes habere licentiam a morte teſtatoris adire hereditatem: ſimilique modo legatorum vel fideicommiſſorum pure vel in diem certam relictorum diem a morte teſtatoris cedere. §. 2. Et cum triplici modo ea, quae in vltimis elogiis relinquuntur, contingebat deficere: conſentaneum eſt et tempora eorum, et nomina manifeſte exponere: vt quod vel tollitur, vel reformatur, non ſit incognitum. Ea etenim vel his relinquebantur, qui in rerum natura tunc temporis, cum condebantur vltima elogia, non fuerant, forte hoc ignorantibus teſtatoribus: et ea *pro non ſcriptis* eſſe leges exiſtimabunt. Vel vivo teſtatore is, qui aliquid ex teſtamento habuit, poſt teſtamentum ab hac luce ſubtrahebatur: vel ipſum relictum exſpirabat, forte quadam conditione, ſub qua relictum fuerat, deficiente: quod veteres apellabant: *in cauſa caduci.* Vel mortuo jam teſtatore hoc, quod relictum erat, deficiebat: quod aperta voce *caducum* nuncupabatur. §. 4. Pro ſecundo vero ordine, in quo ea vertuntur, quae *in cauſa caduci* fieri contingebant, vetus jus corrigentes, ſancimus ea, quae ita evenerant, ſimili quidem modo manere apud eos, quibus ſunt relicta, heredes forte, vel legatarios, vel alios, qui fideicommiſſo gravari poſſunt: niſi et in hunc caſum vel ſubſtitutus, vel conjunctus eos antecedat. Sed omnes perſonas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam gravamen, quod ab initio fuerat complexum, omnimodo ſentire, ſive in dando ſit conſtitutum, ſive in quibusdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendae gratia vel alia quacunque via excogitatum. Neque enim ferendus eſt is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. §. 5. In noviſſimo autem articulo, vbi proprie caduca fiebant, ſecundum quod praediximus, etiam clauſis tabulis tam exiſtere heredes, quam poſſe adire, ſive ex parte ſint,

ſive ex aſſe inſtituti, cenſemus, et dies legatorum et fideicommiſſorum (ſecundum quod praediximus) a morte defuncti cedere. Hereditatem etenim, niſi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum perſonis, de quibus Theodoſiana lex ſuper hujusmodi caſibus introducta loquitur: his nihilominus, quae ſuper his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis conſtituta ſunt, in ſuo robore manſuris. Der L. Iul. et Papia caducaria war freylich daher mit entſtanden, daß man die durch die bürgerlichen Kriege erſchöpften öffentlichen Einkünfte wieder verbeſſern wollte. Es hatten ſchon vor dem Juſtinian die Kayſer Septimius Severus und Conſtantinus in dem L. Iul. et Pap. Veränderungen gemacht. Jener hatte das Alter geändert, in welchem diejenigen, welche erben wollten, Kinder haben muſten. Dieſer hatte die Strafen des Caelibats und der Kinderloſigkeit aufgehoben. L. 1. C. de infirm. poen. caelib. et orbit. Die längſt bekannten Subſtitutiones, und die ſubſtitutiones reciprocae, wurden nach der Zeit des Legis Iuliae gebraucht, um den fiſcaliſchen Eingriffen vorzubeugen. Eben dieſes Geſetz führte ein, daß bey Erbeinſetzungen zu einem Theil der Erbſchaft, und Vermächtniſſen, das Recht der Erben und Legatarien erſt von der Zeit des eröfneten Teſtaments an gerechnet würde. Dies haben Senatusconſulta nach den Geſetzen beſtätigt, nicht erſt eingeführt. Senatusconſulta cenſuerunt. Pro non ſcriptis habita waren nicht blos Fälle, wo von Anfange die Verordnung nicht beſtand, ſondern auch einige andre, davon hernach. Das Eigenthümliche des pro non ſcripto habiti, ſo auch Juſtinian nicht aufgehoben, iſt, daß dabey das Ius accreſcendi gewöhnlich ſine onere ausgeübt wird. Uebrigens hob L. Iul. bey demſelben das jus accreſcendi nicht auf. Die Transmiſſio ex aditione, ex jure ſuitatis, Theodoſiana und ex jure deliberandi,

wor-

worauf ſich §. 5. bezieht, ſind bekannt. Von Vacantibus hat Juſtinian nichts geſagt. Vermuthlich hat er ſie unter den caducis und quaſi caducis begriffen, weil er die jura fiſci blos bey den ereptitiis beybehalten hat.

§. 851. Betreffend die jezt noch zu unterſcheidenden und merkwürdig gebliebenen Ungültigkeits-Fälle, ſo giebt davon Papinian eine allgemeine Ueberſicht. L. 1. de Injuſt. rupt. irr. Teſtamentum aut non jure factum dicitur, vbi ſolennia juris defuerunt: aut nullius eſſe momenti, cum filius, qui fuit in patris poteſtate, praeteritus eſt: aut rumpitur alio teſtamento, ex quo heres exiſtere potuit, vel agnatione ſui heredis: aut in irritum conſtituitur non adita hereditate. Die Vorſtellung iſt aber nicht vollſtändig, wie aus dem Obigen und Folgenden zu erſehen.

Zweyte Abtheilung.

Von Anfang ungültige Teſtamente und deren Natur überhaupt.

§. 852. Regel davon. §. 853. Ungültigkeit wegen Uebergehung der vorhandenen Kinder. §. 854. Ein vom Anfange ungültiges Teſtament wird in der Folge nicht gültig. §. 855. Catonianiſche Regel. §. 856. Beſondere Meynung des Celſus. §. 857. Die catonianiſche Regel geht nicht auf Fälle, wo die Verordnung erſt nach der Zeit des Aufſatzes ihren Anfang nimmt. §. 858. Alſo nicht auf bedingte Verordnungen. §. 859. Eingeſchränkter Gebrauch der catoniſchen Regel nach dem neuern Rechte. §. 860. Sie gieng nicht auf die Fälle, wo L. Iul. et Pap. gebraucht wurde. §. 861. Bonorum poſſeſſio, wenn der Uebergangene vor des Erblaſſers Tode ſtarb.

§. 852.

Was die Fälle betrift, wo von Anfange das Teſtament nicht gültig iſt, ſo giebt davon den Grundſatz an L. 4. qui teſtam. fac. poſſ. Si quaeramus, an valeat teſtamentum: inprimis animadvertere debemus, an is, qui fecerit teſtamentum, habuerit teſtamenti factionem; deinde, ſi habuerit, requiremus: an ſecundum regulas juris civilis teſtatus ſit.

§. 853. Unter andern gehört dahin die Uebergehung vorhandener Kinder, welche unter des Teſtirers Gewalt ſtehen L. 17. de injuſt. rupt. irr. Filio praeterito, qui fuit in patris poteſtate, neque libertates competunt, neque legata praeſtantur: ſi praeteritus fratribus partem hereditatis avocabit. Quod ſi bonis ſe patris abſtineat, licet ſubtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas teſtatoris ex bono et aequo tuebitur. Daß die Abſtinenz des Sohnes das Teſtament bey Kräften erhalte, iſt auf das bürgerliche Recht einzuſchränken. Denn nach prätoriſchem Rechte iſt die Abſtinenz nicht nöthig, ſondern das bloſſe Nichtmelden des Sohns giebt den ernannten Erben ſchon bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Dies Geſetz erwähnt hiernächſt einen Fall, da die ernannten Erben Brüder des Uebergangenen ſind. In ſolchem Falle haben die folgenden Verwandten nach der Abſtinenz des Uebergangenen nichts zu fordern. Wenn fremde Perſonen ernannt worden, würde das Edictum ſucceſſorium eintreten. Der ernannte Erbe müſte alſo, ein ſolches zu hindern, ſich von dem Uebergangenen iura ceſſa geben laſſen. A. Faber. Conject. L. 1. c. 19. meint, es ſey in dieſer Stelle bey der Abſtinenz des Uebergangenen kein Unterſchied zwiſchen Fremden und nahen Verwandten zu machen. Von ohngefähr

fähr ſey nur der nahen Verwandten hier erwähnt. Er hat jedoch L. 9. c. 14. ſeine Meynung geändert, und leitet die Verordnung des Geſetzes daher, daß bey der Uebergehung des Sui die cauſa inteſtati vorhanden ſey. Wenn der Uebergangene von ſeinem Theil ab inteſtato ſich losſage, ſo behielten die Geſchwiſter ab inteſtato eben das, was ſie nach dem Teſtamente zu bekommen gehabt. Daher ſey kein Grund, warum ſie nicht libertates und legata beybehalten wollten. cf. Ejusd. Err. pragm. Dec. 13. Err. 3. Averan. Interpr. L. 1. c. 10. und 11. lehrt, es hätten im Fall der Losſagung des Praeteriti die Ernannten b. p ſecund. tab. Pfenningbuttel de teſtam. imperf. approbat. Frick de teſtam. null. inſec. hered. ab inteſt. approb. numq. in form. teſtam. val. reconval.

§. 854. Das Teſtament, ſo von Anfange nicht gilt, thut weder für ſich die Würkung daß ihm nachgegangen werde, noch hebt es ein ander Teſtament auf, noch kann es jemals zur Gültigkeit kommen L. 7. de lib. et poſt. hered. Si filius, qui in poteſtate eſt, praeteritus ſit, et vivo patre decedat, teſtamentum non valet; Nec ſuperius rumpetur. Et eo jure vtimur.

§. 855. Beſonders iſt der Satz, daß eine von Anfang ungültige lezte Willens Verordnung in der Folge nicht gültig werden könne, der Regel gemäß, welche nach M. Porcius Cato dem jüngeren ihren Namen hat. cf. Averan. Interpr. L. 4. c. 21. Majanſ. de reg. Caton. Strauch, Pauli, Wasmuth., dito, Wernh. de genuin. reg. caton. ſenſu L. 1. pr. de regul. Caton. Catoniana regula ſic definit: quod, ſi teſtamenti facti tempore deceſſiſſet teſtator, inutile foret, id legatum, quandocunque deceſſerit, non valere. Quae definitio in quibusdam falſa eſt. cf. L. 29. 201. 210. de R. I. Ein

Beyſpiel giebt der Fall, da dem Eigenthümer ſeine ihm ſchon eigenthümliche Sache vermacht iſt. Dies Vermächtnis iſt ungültig, wenn gleich der Legatarius nach der Zeit die Sache veräuſſert L. 41. §. 2. de Leg. 1. §. 10. I. de Leg. Eine Ausnahme ſehe man oben §. 160.

§. 856. Mit dieſer Stelle ſcheint zwar Celſus im Widerſpruche zu ſtehen L. 1. §. 2. de reg. Caton. teſtam. Item ſi tibi legatus eſt fundus, qui ſcribendi teſtamenti tempore tuus eſt: Si eum vivo teſtatore alienaveris, legatum tibi debetur: quod non deberetur, ſi teſtator ſtatim deceſſiſſet. Cujac. und andere Rechtsgelehrten nehmen an, daß Celſus eine beſondere Meynung gehabt. Vinnius ad Inſt. glaubt, er rede von einem Falle, wo bedingt das Vermächtnis gegeben worden: ſi eum vivo teſtatore alienaveris. Denn gehörte freylich der Fall nicht unter die Regel. L. 2. Obſ. c. 2. lieſt Cujac. legatum tibi non debetur, quod deberetur ſi teſtator etc. welches Iauch de negat. p. 217. verwirft. Wenn man keine Veränderung im Text auf die Cujacianiſche Art annehmen will, ſo läßt ſich die Antinomie ſchwerlich heben.

§. 857. Es iſt aber zwiſchen unbedingten und bedingten Verordnungen ein Unterſchied zu machen. Bey dieſen wird der Anfang erſt von der Zeit an gerechnet, da die Bedingung würklich geworden. Wenn nur zu ſolcher Zeit die Gültigkeit des Teſtaments nichts wider ſich hat; ſo kommt es auf die Umſtände, welche vor Erfüllung der Bedingung geweſen, nicht an. L. 1. §. 1. de reg. Caton. Quid enim ſi quis ita legaverit: *Si poſt kalendas mortuus fuero, Titio dato?* an cavillamur? Nam hoc modo, ſi ſtatim mortuus fuerit, non eſſe datum legatum verius eſt, quam inutiliter datum.

§. 858.

§. 858. Daher heiſt es, die catoniſche Regel gehe nicht auf bedingte Verordnungen L. 3. de reg. Caton. Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, ſed poſt aditam cedit hereditatem L. 4. eod. Placet, Catonis regulam ad conditionales Inſtitutiones non pertinere. Der Zuſammenhang lehrt, daß L. 3. bey non pertinet ad hereditates, ein eas eingeſchaltet werden, und alſo, non pertinet ad eas hereditates, in Gedanken geleſen werden müſſe. Cujac. Obſ. L. 4. c. 4. will für hereditates beſſer: libertates geleſen haben. Eine Veränderung des Texts aber iſt bey unſerer leichten Erklärung nicht nöthig. A. Faber Conj. L. 12. c. 19. behauptet die catoniſche Regel gehe den Erbeinſetzungen gar nichts an. In L. 4. ſey conditionales ein Emblema eines Erklärers. Bey Erbeinſetzungen gelte jus antiquum, ſo ſchon vor der Catonianiſchen Regel üblich geweſen, und eben dahin gehe, wohin dieſe Regel. Dies wolle L. pen. de R. I. Deshalb ſey auch bey einer bedingten Erbeinſetzung darauf zu ſehen, ob dieſelbe zur Zeit des errichteten Teſtaments gültig geweſen ſeyn würde. Bey Legatis ſey es vor der catoniſchen Regel lediglich auf die Zeit des Todes des Erblaſſers angekommen. Cato habe eingeführt, daß auch dann die Zeit des Teſtaments in Betracht kommen müſſe. Daher kam es, daß die Catonianiſche Regel auf Legata nicht gehe, wo die Zeit des Todes des Erblaſſers von keinem Einfluß ſey. Bey Erbeinſetzungen ſey die Zeit der Errichtung des Teſtaments beſtändig die Hauptſache geweſen. Es iſt aber nicht ausgemacht daß bey Legatis es blos auf die Zeit des Todes vor dem Cato angekommen, und daß überhaupt Cato was Neues eingeführt, und alſo zwiſchen jure antiquo und regula Catoniana ein Unterſchied gemacht werden müſſe. Inzwiſchen iſt Teſtament und Erbeinſetzung nicht einerley. Iſt das Teſtament von Anfange nicht gültig, ſo können

auch bedingte Erbeinſetzungen, ſo darin geſchehen, nie gültig ſeyn Forner. Rer. quotidian L. 3. Otto Theſ. Tom. 1. p. 202. erſtreckt die Caton. Regel auch auf Erbeinſetzungen, von denen es ebenfalls oft heiſt, quod dies ab adita hereditate cedat, wie bey Subſtitutionibus direct. et fideicommiſſar Gordon Praetermiſſ. Otto Theſ. Tom. 2. p. 855. erklät L. 3. von der Erbeinſetzung, wo nach dem L. Iul. et Pap. der Erbe untüchtig zu dem ganzen Erbtheil war, aber noch binnen einer gewiſſen Zeit nach dem Tode des Teſtirers tüchtig werden konnte. Dahin eine Frau zu rechnen, die, ohne Kinder, vom Manne nicht alles bekommen konnte, wenn ſie nicht binnen 3 Monaten nach des Mannes Tode noch einen Sohn zeugte. Uebrigens verwirft er die ſchon angeführte beſondere Meinung des A. Faber l. c. p. 852. ſq. Balduin. ad reg. Caton. Iurispr. R. et A Tom. 1. p. 426. verſteht die Stelle von Fideicommiſſis vniverſal. Cheſi in Ipr. R. et A Tom. 2. glaubt, die Catonianiſche Regel gehe auch auf Erbeinſetzungen, nur auf die nicht, wo Inſtitutio und acquiſitio hereditatis unterſchieden ſind. Es iſt aber undeutlich und falſch. Averan. l. c. meint ebenfalls, die caton. Regel gehe nicht auf Erbeinſetzungen, da ſie derentwegen nicht erfunden ſey, obgleich eben die Grundſätze auch bey Erbeinſetzungen ſtatt fänden, welche die catoniſche Regel mit ſich bringt. Voorda tritt gleichfalls der Meynung bey, daß bey Erbeinſetzungen zwar eben die Grundſätze, als bey Legatis, ſtatt gefunden, aber deshalb doch die catoniſche Regel auf die Erbeinſetzung nicht gegangen Interpretat. c. 45. Majanſ. ad 30. ICtos P. 1. p. 95. hält es mit Cujacio. Denn Legata libertatis per damnationem vel fideicommiſſum relicta, vſusfructus, vſus, habitationis, legata ſervis teſtamento

manu-

manumiſſis relicta, tutelae teſtamentariae, ſtänden nicht unter der catonianiſchen Regel.

§. 859. Weil nach dem neueſten Rechte das Recht des Erben und Legatarii ſchon vor Eröfnung des Teſtaments und Antretung der Erbſchaft angeht; ſo bleibt der Fall des L. 3. de reg. Caton. faſt blos für die bedingten Verordnungen übrig Balduin de reg. Caton. Ipr. Rom. et Att. Tom. I. p. 423. In den wenigen Fällen, wo Juſtinian den Anfang des Rechts auch bey unbedingten Vermächtniſſen erſt von Eröfnung des Teſtaments und Antretung der Erbſchaft zu rechnen beybehalten hat, wird alſo ebenfalls kein Gebrauch von der catoniſchen Regel zu machen, oder es wird deren Anfang, in Beurtheilung der Gültigkeit, erſt von der Zeit zu rechnen ſeyn, da das Teſtament eröfnet worden.

§. 860. Die catoniſche Regel ſchreibt ſich aus den Zeiten vor dem L. Iul. und Pap. her, wo aus unbedingten Verordnungen das Recht ſogleich mit dem Tode des Teſtirers anfieng. Daher heiſt es, daß dieſelbe auf dieſe neuen Geſetze, wo ein anderer terminus a quo des Rechts der Erben und Legatarien geſezt worden, nicht anzuwenden ſey. Da L. Iul. et Pap. bey allen Legaten und ſonſt allgemein eingeführt, daß von Zeit der Eröfnung des Teſtaments der Anfang gerechnet werden ſolle, ſo haben verſchiedene ſogar daraus geſchloſſen, daß die caton. Regel ſeit dem faſt von gar keinem Nutzen geweſen, dasjenige aber, was ſich für dieſelbe in den Pandecten dennoch finde, zu den Tribonianismen gehöre. Dies läſt ſich aber ſchwerlich behaupten. Weshalb Voorda Elector. c. 17. die Sache dahin erklärt, daß blos in Fällen, wo der Erbe oder Legatar nicht eigentlich bürgerlich untüchtig, ſondern nur wegen gewiſſer Hinderniſſe den Vortheil des Teſtaments zu empfangen nicht fähig geachtet wurde, die catonianiſche

Re-

Regel weggefallen, wofern nur zur Zeit der würklichen Delation des Vortheils das Hinderniß aufgehört. L. 5. de reg. Caton. Regula Catoniana ad novas leges non pertinet. Cujac. Obſ. L. 4. cap. 4.

§. 861. Wenn eine Uebergehung ſchon vorhandener Kinder eine Ungültigkeit machte, dieſe Kinder aber in der Folge dem Teſtamente nicht mehr hinderlich waren; ſo wurde vom Prätor das Teſtament bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas aufrecht erhalten. L. 17. de injuſt. rupt. L. 12. §. 1. contr. tab. L. 2. pr. ſecund. tabb.

Dritte Abtheilung.

Beſondere Erbeinſetzungen, die pro non ſcriptis gehalten wurden.

§. 862. Dahin gehöret captatoriſche Einſetzung, und wenn dem Schreiber des Teſtaments etwas verlaſſen iſt. §. 863. Ausdehnung der Verordnung. §. 864. Fernere Ausdehnung. §. 865. Fälle, wohin das SCtum Libonianum nicht gehörte. §. 866. Anmerkung von captatoriſchen Verordnungen. §. 867. SCtum Claudianum, wodurch das SCt. Libonianum beſtättigt worden. §. 868. Von der Strafe des Falſi. §. 869. Sie fiel unterweilen weg, aber die Ungültigkeit blieb. §. 870. Fortſetzung. §. 871. Fall, wo Strafe des Falſi und Ungültigkeit wegfiel. §. 872. Dergleichen. §. 873. Der Mann, ſo ſeiner Frau Teſtament ſchreibt, ſteht unter dem SCto Liboniano. §. 874. Wie die dem Schreiber des Teſtaments zugedachten Vortheile gültig verordnet werden können. §. 875. Vom Concipienten geſchriebene Wiederrufung der Legaten, welche ihm auferlegt geweſen. §. 876. Von ihm geſchriebene Enterbung. §. 877. Fernerer Fall des pro non ſcripto habendi. §. 878. Dergleichen. §. 879. Beſonders, wo der ernannte Erbe vom Anfange in der Kriegsgefan-

gefangenſchaft iſt. §. 880. Fernerer Fall des pro non ſcripto habendi. §. 881. Dergleichen. §. 882. Dergleichen. §. 883. Pro non ſcriptis habita fallen zugleich mit der darauf gelegenen Beſchwerde weg. §. 884. Ausnahmen.

§. 862.

Zu den Fällen, wo die Verordnung von Anfange nicht galt, gehörten unter andern auch die, welche pro non ſcriptis habiti genannt wurden, von welchen ſchon etwas geſagt iſt, und davon nun ausführlicher zu reden ſeyn wird. Majans de his quae pro non ſcript. hab. Dahin war zu rechnen, wenn der, der das Teſtament geſchrieben hatte, zugleich für ſich eine Erbeinſetzung oder ein Vermächtnis einflieſſen laſſen. Dies war beſonders durch das SCtum Libonianum zu den Zeiten des Tiberii verboten, und durch ein unter Claudius gemachtes SCtum den Strafen des L. Corneliae de Falſis unterworffen worden. Ingleichen gehörte hieher der Fall, wo eine inſtitutio captatoria gemacht worden. L. 1. de his quae pro non ſcript. Si quis hereditatem vel legatum adſcripſerit: quaeritur, an hereditas vel legatum pro non ſcripto habeatur. Et quid ſi ſubſtitutum habeat hujusmodi inſtitutio. Reſpondit: Pars hereditatis, de qua me conſuluiſti, ad ſubſtitutum pertinet. Nam ſenatus, cum poenas legis Corneliae conſtitueret adverſus eum, qui ſibi hereditatem vel legatum ſcripſiſſet, eodem modo improbaſſe videtur, quo improbatae ſunt illae: *Qua ex parte me Titius heredem ſcriptum in tabulis ſuis recitaverit, ex ea parte heres eſto*: vt perinde haberentur, ac ſi inſertae teſtamento non fuiſſent.

§. 863. Wenn der Vater zum Auffatz des Teſtaments gebraucht worden, durfte auch dem Sohne deſſelben, der unter ſeiner Gewalt war, darin nichts verlaſ-

laſſen ſeyn, es wäre denn daß es zum peculio caſtrenſi oder quaſi caſtrenſi ihm dienen ſollen.

§. 864. Eben ſo wars, wenn der Concipient ſeinem Vater, Herrn, Mit-Knecht, oder Bruder unter gleicher väterlichen Gewalt, zu Gunſt geſchrieben. Hier war jedoch nur der Concipient, nicht der Begünſtigte ſtrafbar L. 15. §. 1. plane, de L. Corn. de Falſ. Maſcov. de SCto Libonian. Markart de his qui ſibi adſcrib. in teſtam. L. Menken an jud. delegans in teſtam. coram ejus delegatis condito val. heres inſtit. Beck ad L. Corn. Teſtamentar. et SCt. Libonian. v. d. Lynden de his qui ſibi adſcrib. in teſtam. alien. Schroeter ad L. 3. C. de his qui ſib. adſcrib. in teſtam. cf. L. 1. §. 7. L. 6. L. 14. ſqq. ad L. Corn. de falſ.

§. 865. Wenn der Mann den Auffſatz gemacht, galt dennoch eine zum Beſten der Frau gemachte Verordnung, ob gleich das Verlaſſene zum Heyrathgut dienen ſollte. Bey einem gerichtlichen und mündlichen Teſtamente fiel das SCtum hinweg.

§. 866. Auch das, was von captatoriſchen Verordnungen geſagt worden, kam nicht ſo wohl aus dem L. Iul. et Pap. als vielmehr aus einem nachherigen SCto L. 70. 71. de hered. inſt.

§. 867. Des SCti Claudiani, welches den Inhalt des Liboniani wiederholte, erwähnt L. 3. C. de his qui ſibi adſcrib. Senatus conſulto et edicto divi Claudii prohibitum eſt eos, qui ad ſcribenda teſtamenta adhibentur, quamvis dictante teſtatore, aliquod emolumentum ipſis futurum ſcribere, et poena legis Corneliae facienti errogata eſt: cujus veniam deprecantibus ob ignorantiam, et profitentibus a relicto diſcedere ampliſ-

pliſſimus ordo vel divi Principes veniam raro dederunt. Dieſe Verordnung iſt vom Kayſer Claudius, nicht vom Claudius Nero, wie Sueton fälſchlich berichtet. Es iſt auch das SCt. Claud. vom Liboniano unterſchieden, nicht mit demſelben einerley, wie Cujacius variirend an einem Orte behauptet hat. Merill. Variant. ex Cujac. l. 2. c. 17.

§. 868. Die Strafe des L. Corn. war, auſſer der Ungültigkeit des Geſchriebenen, die Regel, obgleich kein Falſum vorhanden war, indem der Erblaſſer das Geſchriebene befohlen hatte. Es wurde als ein quaſi Falſum beſtraft, weil daher eine Gelegenheit zu Falſis entſtand.

§. 869. Unterweilen wurde die Strafe des L. Corn. verziehen, aber die Ungültigkeit blieb. Dies geſchahe in mehrern Fällen, unter andern wegen der Unwiſſenheit der Rechte, bey Perſonen, die dazu privilegirt ſind. Ein anderer Fall, wo die Strafe verziehen wurde, aber die Ungültigkeit nicht aufhörte, war der, da der Concipient dem Befehle des Teſtirers unterworffen war, und nicht widerſprechen dürffen L. 6. C. eod. Si libertatem tibi manu tua imperante domino adſcripſiſti, cum proponas dominum non ſubſcripſiſſe, et ſuis litteris tuam libertatem expreſſam agnoviſſe: ad impetrandam libertatem Senatusconſulti autoritas tibi obeſt: poena tamen Falſi tibi remittitur, quoniam non potueras contra domini voluntatem venire.

§. 870. Weil die privilegirte Unwiſſenheit der Rechte von der Strafe des L. Corn. befreyete, jedoch die Ungültigkeit nicht änderte; ſo war dem Soldaten, der zum Koncipienten gedient, zwar auch die Ungültigkeit gedroht, jedoch die Strafe des L. Corn. war ihm erlaſſen L. 5. C. eod.

C. eod. Quod, adhibitus ad teſtamentum commilitonis ſcribendum juſſu ejus ſervum tibi adſcripſiſti, pro non ſcripto habetur, et ideo id legatum petere non potes. Sed ſecuto in tenore indulgentiae meae, poena legis Corneliae tibi remittitur, in quam credo te magis errore, quam malitia incidiſſe. Dieſe Stelle lehrt zugleich, daß auch bey militariſchen Teſtamenten die Ungültigkeit ſtatt fand. Secuto in tenore indulgentiae in dem fernern Verfolge des Reſcripts.

§. 871. Ein beſonderer Fall, wo die Strafe des L. Corn., aber auch ſo gar die Ungültigkeit wegfiel, war der, wo der Concipient ſich da zum alleinigen Erben ernennte, wo er ohnedem alleiniger Inteſtat-Erbe war. In dieſem Falle konnte die auf ihn gerichtete Erbeinſetzung für ihn von keinem Nutzen ſeyn, war alſo unverdächtig L. 1. C. eod. Quamquam ita interpretantur juriſperiti, vt contra legem Corneliam videatur ſe ſcribere heredem emancipatus filius patre dictante: tamen ſi cum teſtamentum non eſſet ſcriptum, juſtus ſucceſſor futurus eſſet, accepta bonorum poſſeſſione, filius patri: perinde habebitur is, atque ſi ſua manu pater tuus te heredem ſcripſiſſet, functus dulci officio. Statt der lezten Worte will Cujacius functus lucis officio, geleſen haben weil in den Baſilicis τελευτῶν ſteht. Dies hieſſe alſo: bey ſeinem, des Vaters, Abſterben. Hatte der Emancipirte einen Miterben oder Subſtituten, an den die Erbſchaft jure accreſcendi oder Subſtitutionis fallen konnte; ſo war auch bey ihm eine Ungültigkeit deſſen anzunehmen, was er ſich ſelbſt zu Gunſten geſchrieben hatte.

§. 872. Im Fall des Vaters Wille und des Sohns Unmündigkeit zuſammen kamen, ſo konnten auch dieſe beyde Umſtände ſchon Strafe und Ungültigkeit heben. L. 5. ad L. Corn. de falſ.

§. 873. Sonſt war auch der Mann von Ungültigkeit und Strafe nicht frey, wenn er, als Concipient des Teſtaments ſeiner Frau, für ſich etwas einflieſſen laſſen. L. 4. C. eod. Quae in teſtamento vxoris maritus ſua manu legata ſibi adſcripſerit, pro non ſcriptis habentur, et legis Corneliae poena, ſi venia impetrata non eſt, locum habet.

§. 874. Wenn die dem Concipienten zu gute gemachten Verordnungen gültig seyn ſollten, ſo muſte ſie der Erblaſſer beſonders und namentlich mit eigener Hand nochmals erwähnen und beſtätigen L. 2. C. eod. Si teſtator codicillis, quos ſcripſiſti legatum quoque ſeu fideicommiſſum reliquiſſe tibi ſua manu adſcripſit: non videris in poenam Senatus conſulti incidiſſe. Quodſi teſtamentum dictaſſe codicillis ſignificavit, legato quidem vel fideicommiſſo abſtinere debes: poena vero falſi tibi principali beneficio remittitur. Eine allgemeine Beſtättigung half alſo weiter zu nichts, als daß etwa der Landesfürſt deshalb die Strafe des Falſi erließ. Bey Söhnen und Knechten iſt eine allgemeine Beſtättigung hinlänglich L. 1. §. 8. ad L. Corn. de Falſ. Damit alſo keine Ungültigkeit und Strafbarkeit entſtehe; ſo muß der Erblaſſer da, wo zu Gunſten des Concipienten Verordnungen vorkommen, mit eigner Hand ſolche beyfügen. Denn Verſchiedenheit der Hände iſt in einem Teſtamente unſchädlich.

§. 875. Wenn dem Concipienten auferlegte Legata mit deſſen Hand widerrufen waren; ſo galt zwar die Widerrufung, der Concipient behielt aber die widerrufte Legata nicht, ſondern verlohr ſie zugleich mit der Erbſchaft E. 5. 6. ad L. Corn. de Falſ.

§. 876. Wenn der Erbe als Concipient die Enterbung des Sohns niederſchreibt, ſo gilt zwar die Enterbung, wenn der Concipient Miterben oder Subſtituten hat, aber des Concipienten Erbantheil fällt dieſen zu. l. c.

§. 877. Ferner gehört zu den pro non ſcribendis der Fall, wo die Verordnung unverſtändlich iſt L. 2. de his quae pro non ſcript. Quae in teſtamento ſcripta eſſent, neque intelligerentur, quid ſignificarent, ea perinde ſunt, ac ſi ſcripta non eſſent. Reliqua autem per ſe ipſa valent.

§. 878. Ingleichen gehört hieher die Verordnung, welche einen ſolchen trift, der zur Zeit deren Errichtung nicht mehr vorhanden iſt L. 4. pr. de his quae pro non ſcript. Si eo tempore, quo alicui legatum adſcribebatur, in rebus humanis non erat: pro non ſcripto hoc habebitur.

§. 879. Iſt der, dem die Verordnung etwas zugedacht hat, damals in der Kriegsgefangenſchaft geweſen, ſo kommt es darauf an, ob er daraus in der Folge wieder befreyt wird, oder ob er darin ſtirbt. In jenem Falle erhält er das ihm zugedachte jure poſtliminii, in dieſem iſt ein pro non ſcripto habitum vorhanden. L. 4 §. 1. de his quae pro non ſcript. Sed et ſi in hoſtium poteſtate erat, quo teſtamentum fiebat, neque ab hoſtibus rediit: pro non ſcripto erit. Et ita Iulianus ſcribit.

§. 880. Weiter gehört in dieſe Claſſe die Verordnung zum Vortheil eines ſolchen, der gleich damals des ihm Zugedachten unfähig war L. 3. pr. de his quae pro non ſcript. Si in metallum damnato quid, extra cauſam

ſam alimentorum, relictum fuerit: pro non ſcripto eſt, nec ad fiſcum pertinet. Nam poenae ſervus eſt: non Caeſaris, et ita Divus Pius reſcripſit. Der Zuſatz: Nam poenae etc. will ſagen, daß der ſolchergeſtalt verurtheilte Menſch nicht Knecht einer gewiſſen Perſon ſey, dergleichen Knechten ſonſt allerdings in lezten Willen etwas zugetheilt werden kann, ſo ſie für ihre Herren erwerben. Er hat eigentlich gar keinen beſondern Herrn, kann alſo für keinen erwerben, und als Knecht für ſich auch nicht. Daher iſt die Verordnung ganz ungültig.

§. 881. Dieſem wurde, wenigſtens in Anſehung des verbotenen fiſcaliſchen Eingriffs, der Fall gleich gehalten, wenn in der Folge der Erbe oder Legatarius in die Strafe der Knechtſchaft gerieth. L. 3. §. 1. de his quae pro non ſcript. Sed et ſi poſt teſtamentum factum heres inſtitutus, vel legatarius, in metallum datus ſit, ad fiſcum non pertinet.

§. 882. Ein beſonderer Fall, wo ebenfalls gegen den ſonſtigen Begriff des pro non ſcripto habiti die Verordnung dennoch in dieſe Claſſe gerechnet wurde, war auch der, da Jemand einem fremden Knechte etwas verlaſſen, und ihn hernach eigenthümlich erhalten hatte. Weil hier ohne ausdrückliche Ertheilung der Freyheit die Erbeinſetzung und das Vermächtnis nicht gelten konnte, ſo fiel nun die Verordnung als ungültig hinweg L. 3. §. 2. de his quae pro non ſcript. Item ſi ſervo alieno quid legatum fuerit, et poſtea a teſtatore redemtus ſit: legatum extinguitur. Nam, quae in eam cauſam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non ſcriptis habentur. Mit Recht merkt Cujacius an, daß die am Ende bemerkte Regel, um die Claſſe der non ſcriptorum zu vermehren, nicht über den hier vorkommenden

Fall auszudehnen, ob ſie gleich um Ungültigkeiten zu machen, allgemein iſt.

§. 883. Wenn etwas als non ſcriptum angeſehen wird, ſo fällt es ſine onere einem andern zu §. In primo C. de Cod. toll.

§. 884. Eine Ausnahme iſt der Fall, da einer der ſelbſt Schreiber des Teſtaments iſt, mit einer Beſchwerde belegt worden, oder das non ſcriptum in einem militariſchen Teſtamente vorkommt L. 5. de his quae pro non ſcript. Quod quis ſibi adſcripſerit ſi alii reſtituere a teſtatore juſſus eſt: cum onere fideicommiſſum id apud heredem remanet, quamvis pro non ſcripto eſſet. Idem eſt et in teſtamento militis. Auch war wenn ein Fideicommiſſum libertatis zur Beſchwerde gemacht worden, eine Ausnahme. L. 26 §. 6. de fideic. libert.

Vierte Abtheilung.

Erſt in der Folge ungültige Teſtamente.

§. 885. Ein gültig Teſtament kann durch landesfürſtl. Machtſpruch nicht ungültig werden.

§. 885.

Wenn das Teſtament von Anfange gültig iſt, ſo kann es in der Folge ungültig werden, wofern ſich dazu ein Rechts-Grund findet. Schoepf. d. e. q. i. e. c. mutat. teſtam. per ſubſeq. matrim. Ohne ſolchen kann auch durch Landesfürſtl. Macht das Teſtament nicht umgeworffen werden L. 10. C. de teſtam. Si teſtamentum

tum jure factum ſit, et heres ſit capax: auctoritate reſcripti noſtri reſcindi non oportet.

Erſter Abſchnitt.

Teſtamentum irritum.

§. 886. Fälle des teſtamenti irriti. §. 887. Weitläuftiger Begriff dieſer Benennung. §. 888. Damnatio memoriae nach dem Tode macht teſtamenta irrita. §. 889. Eine gültige Verurtheilung des Teſtirers macht das vorhandene Teſtament ungültig. §. 890. Terminus a quo der Ungültigkeit. §. 891. Beſonders im Fall einer Appellation. §. 892. Hier geht die Ungültigkeit erſt von der Erledigung der Appellation an. §. 893. Selbſtmord ohne vorhandene Unterſuchung macht das Teſtament nicht ungültig. §. 894. Wohl aber Selbſtmord eines Verbrechers, der vor angegangener Unterſuchung geſchehen. §. 895. Natürlicher Todt eines in Unterſuchung begriffenen Verbrechers. §. 896. Das teſtamentum irritum wurde durch die Fiction des L. Corneliae und des juris poſtliminii, auch Wiederherſtellung in den vorigen Stand, erhalten. §. 897. Im lezten Fall half das prätoriſche Recht. §. 898. Befreyung des Soldaten von der väterlichen Gewalt ſchadet deſſen vorhandenem Teſtamente über das peculium caſtrenſe nicht.

§. 886.

Die Rechts-Gründe aber, weshalb ein Teſtament in der Folge ungültig wird, ſind mancherley. Aendert ſich die Perſon des Teſtirers dergeſtalt, daß ſie in einen Zuſtand geräth, in welchem ſie kein Teſtament hätte machen können; ſo heiſt das Teſtament irritum L. 6. §. 5. de injuſt. rupt. irrit. Irritum fit teſtamentum, quoties ipſi teſtatori aliquid contigit, puta ſi civitatem amittat per ſubitam ſervitutem, ab hoſtibus (verbi gratia) captus, vel ſi ma-

 jor

jor annis viginti emtum ſe dari paſſus ſit ad actum gerendum pretiumve participandum. §. 6. eod. Sed et ſi quis fuerit capite damnatus, vel ad beſtias, vel ad gladium, vel alia poena, quae vitam adimit, teſtamentum ejus irritum fiet. Et non tunc, cum conſumtus eſt, ſed cum ſententiam paſſus eſt. Nam poenae ſervus efficitur. Niſi forte miles fuit ex militari delicto damnatus. Nam huic permitti ſolet teſtari, vt Divus Hadrianus reſcripſit. Et credo jure militari teſtabitur. Qua ratione igitur damnato ei teſtari permittitur: numquid et ſi quod ante habuit factum teſtamentum, ei permiſſum ſit teſtari, valeat? An vero poena irritum factum, reficiendum eſt? Et, ſi militari jure ei teſtandum ſit, dubitari non oportet, quin, ſi voluit id valere, feciſſe id credatur. Vlp. Fragm. Tit. 23. §. 1. Teſtamentum jure factum infirmatur duobus modis: ſi ruptum et irritum factum ſit. §. 4. Irritum fit teſtamentum, ſi teſtator capite deminutus fuerit, aut ſi jure facto teſtamento, nemo exſtiterit heres. §. 4. J. quib. mod. teſt. infirm. Alio autem modo teſtamenta jure facta infirmantur veluti cum is, qui fecit teſtamentum capite deminutus ſit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus. Caji Inſt. L. 2. tit. 3. §. 5. Alio quoque modo teſtamenta jure facta infirmantur, ſi aliquis poſt factum teſtamentum capite minuatur, id eſt, aut ab hoſtibus capiatur, aut pro crimine in exilium deputetur. Similiter et ſi quis adoptatus fuerit, teſtamentum quod antequam adoptaretur, fecerat, non valebit. Was von der Kriegsgefangenſchaft geſagt wird, iſt vom jure ſtricto zu verſtehen. Denn die fictio legis Corneliae thut hier ſonſt beſondere Würkung L. 6. §. 5. heiſt: ad actum gerendum einen Streich auszuführen, §. 6. Cum conſumtus eſt, wenn er hingerichtet, executirt iſt, jure militari teſtabitur, er wird ſich auch der militariſchen Vorzüge dabey bedienen kön-

können. Si ei permiſſum ſit teſtari iſt aus dem obigen zu erklären, wo vorgekommen, daß dem Soldaten, welcher eines Kriegsverbrechens wegen verurtheilt war, das Recht zu teſtiren beſonders vorbehalten, oder ertheilt werden muſte. Wenn ihm alſo dieſes Recht vorbehalten wird, gilt denn auch das ſchon vorher gemachte Teſtament, vermöge dieſes Vorbehalts? Et ſi quod ante habuit factum teſtamentum valeat? Oder muß das Teſtament noch einmal gemacht werden? An vero poena irritum factum reficiendum erit? Es kommt darauf an, daß er nur auf einige Art geäuſſert, ſein vorig Teſtament ſolle gelten, weil er hier militariſche Vorzüge hat. Et ſi militari jure etc. §. 6. lieſt Beſt. rad. emend. am Ende, refeciſſe credatur cap. 2. §. 3.

§. 887. Inzwiſchen wird die Benennung des irriti, rupti und nulliter conditi in unſern Geſetzen unterweilen verwechſelt. §. 5. J. quib. mod. teſt. infirm. Hoc autem caſu irrita fieri teſtamenta dicuntur, quum alioquin et quae rumpuntur, irrita fiant, et ea, quae ſtatim ab initio non jure fiunt, irrita ſint. Sed et ea, quae jure facta ſunt, et poſtea per capitis diminutionem irrita fiunt, poſſumus nihilominus rupta dicere. Sed quia ſane commodius erat, ſingulas cauſas ſingulis appellationibus diſtingui, ideo quaedam non jure facta dicuntur, quaedam jure facta rumpi vel irrita fieri.

§. 888. Zu den Fällen, wo das Teſtament irritum wird, gehört auch der, da der Teſtirer nach dem Tode verurtheilt und ehrlos gemacht wird. L. 6. §. 11. de injuſt. rupt. irr. Sed ne eorum quidem teſtamenta rata ſunt, ſed irrita fient, quorum memoria poſt mortem damnata eſt, vtputa ex cauſa majeſtatis, vel ex alia tali cauſa.

§. 889. Nur muß die Verurtheilung, ſo wohl in dieſem, als jedem andern Falle, wenn ſie ein Teſtament ungültig machen ſoll, ſelbſt gültig ſeyn. Sonſt kann ſie keine Würkung einer Umwerffung des Teſtaments nach ſich ziehen L. 6. §. 10. de injuſt. rupt. irrit. Quid ſi quis fuerit damnatus illiçite, poena non ſumta, an teſtamentum ejus irritum fiat, videamus. Vtputa decurio ad beſtias. An capite minuatur, teſtamentumque ejus irrritum fiat? Et non puto, cum ſententia eum non tenuerit. Ergo et ſi quis eum, qui non erat jurisdictionis ſuae, damnaverit: teſtamentum ejus non erit irritum, quemadmodum eſt conſtitutum. Daß mit dergleichen Strafen, als damnatio ad beſtias etc. war, die Raths-Herren der Municipien nicht belegt werden können, lehrt, L. 9. §. 11. de poen. Poena non ſumta heiſt, daß die erkannte Strafe wegen ihrer Unzuläſſigkeit nicht hat vollzogen werden können.

§. 890. Die Ungültigkeit des Teſtaments geht bey den Verurtheilungen von Zeit des geſprochenen Urtheils an. Stirbt der Verbrecher vor dem Urtheil, ſo iſt ſein Teſtament noch gültig. Hatte er ſich aber während der Unterſuchung entleibt, ſo wurde es angeſehen, als ob er ſich dadurch für ſchuldig erklärt, und er wurde in Anſehung der Conſtitution des Vermögens als ſchon verurtheilt betrachtet. Wenn das Urtheil noch einer Beſtätigung des Kayſers bedurfte, ſo gieng die Würkung deſſelben erſt von Zeit der Beſtätigung an. L. 6. §. 7. de injuſt. rupt. irrit. Ejus qui deportatur, non ſtatim irritum fiet teſtamentum, ſed cum princeps factum comprobaverit. Tunc enim et capite minuitur. Sed ſi de decurione puniendo vel filio, nepoteve, praeſes ſcribendum principi interlocutus eſt: non puto ſtatim ſervum poenae factum: licet in carcere ſoleant diligentioris cuſtodiae cauſa recipi. Nec hujus igitur teſtamen-

mentum irritum fiet, priusquam princeps de eo ſumendum reſcripſerit. Proinde ſi ante deceſſerit, vtique teſtamentum ejus valebit. Niſi mortem ſibi conſcivit. Nam eorum, qui mori magis, quam damnari maluerint ob conſcientiam criminis, teſtamenta irrita conſtitutiones faciunt: licet in civitate decedant. Quod ſi quis taedio vitae vel valetudinis adverſae impatientia, vel jactationis, vt quidam philoſophi, in ea cauſa ſunt, vt teſtamenta eorum valeant! Quam diſtinctionem in militis quoque teſtamento Divus Hadrianus dedit epiſtola ad Pomponium Falconem. Vt, ſi quidem ob conſcientiam delicti militaris mori maluit, irritum ſit ejus teſtamentum. Quodſi taedio vitae, vel dolore: valere teſtamentum. Aut, ſi inteſtato deceſſit, cognatis, aut, ſi non ſint, legioni iſta ſint vindicanda. Die Praeſides durften die Deportation ohne Genehmigung des Kayſers nicht verfügen, ob ſie gleich das jus gladii hatten, ſondern nur die Proconſules und Praefecti Vrbi L. 2. §. 1. de poen. Bey Lebensſtrafen der Decurionum und ihrer Kinder war die Gewalt der Praeſidum auf dieſe Einwilligung ebenfalls eingeſchränkt. Wenn ein Soldat ſich bey der vorſeyenden Unterſuchung entleibte, ſo war es, als wenn er verurtheilt, und ihm die Erlaubniß zu teſtiren nicht vorbehalten worden. Bey Selbſtmorden unter andern Umſtänden war es, als wenn der Menſch und auch der Soldat natürlichen Todes geſtorben wäre.

§. 891. Wofern der Verurtheilte eine Appellation erhob: ſo blieb die Ungültigkeit des Teſtaments ausgeſezt, bis die erſte Sentenz durch die folgende beſtättiget worden. L. 6. §. 8. de injuſt. rupt. irrit. Hi autem omnes, quorum teſtamenta irrita damnatione fieri diximus, ſi provocaverint, capite non minuuntur. Atque ideo neque teſtamenta, quae ante fecerunt, irrita fient,

et tunc teſtari poterunt. Hoc enim ſaepiſſime eſt conſtitutum. Nec videbuntur, quaſi de ſtatu ſuo dubitantes, non habere teſtamenti factionem. Sunt enim certi ſtatus, nec ipſi de ſe interim certi. Am Ende ſoll es wohl ſtatt: interim certi, heiſſen: interim incerti. Man hat etwa die Sylbe in oder im nicht wiederholen wollen.

§. 892. So lange alſo die Appellation anhängig iſt, oder ſtatt Annehmung der Appellation Bericht zu erſtatten für gut gefunden worden, und die Antwort des Kayſers noch nicht eingelaufen war, blieb die Hinfälligkeit des Teſtaments ausgeſezt. L. 6. §. 9. de injuſt. rupt. irrit. Quid tamen, ſi appellationem ejus praeſes non recepit, ſed imperatori ſcribendo poenam remoratus eſt? puto hunc quoque ſuum ſtatum interim retinere: nec teſtamentum irritum fieri. Nam (vt eſt oratione divi Marci expreſſum) tametſi provocantis, vel ejus, pro quo provocatur, appellatio non fuerit recepta: poena tamen ſuſtinenda eſt, quoad princeps reſcripſerit ad litteras praeſidis et libellum rei cum litteris miſſum. Niſi forte latro manifeſtus, vel ſeditio praerupta, factioque cruenta, vel alia juſta cauſa, quam mox praeſes litteris excuſavit, moram non recipiant: non poenae feſtinatione, ſed praeveniendi periculi cauſa. Tunc enim punire permittitur, deinde ſcribere.

§. 893. Daß übrigens, wenn Jemand, ohne eines entehrenden Verbrechens wegen in Unterſuchung zu ſeyn, ſich entleibte, ſein Teſtament dadurch nicht ungültig wurde, iſt theils ſchon vorhin geſagt, theils lehrt es L. 34. pr. de teſt. mil. Ejus militis, qui doloris impatientia vel taedio vitae, mori maluit, teſtamentum valere, vel inteſtati bona ab his, qui leges vocantur, vindicari, divus Hadrianus reſcripſit. Paul. Rec. ſent.

L. 5.

L. 5. tit. 12. §. 1. Ejus bona, qui ſibi ob aliquod commiſſum flagitium mortem conſcivit, fiſco vindicantur. Quod ſi id taedio vitae, aut pudore aeris alieni, vel valetudinis alicujus impatientia hoc admittit, non inquietabuntur, ſed ordinariae ſucceſſioni relinquentur. Wenn nicht einmal der Soldat durch ſolche Entleibung ſein militariſches privilegirtes Teſtament ungültig macht, ſo kann noch weniger das nach gemeinen Rechten gemachte Teſtament durch Selbſtmord ungültig werden.

§. 894. Ein anderes war es, wenn einer befürchteten Unterſuchung, die noch nicht angegangen war, ſich zu entziehen, ein würklicher Verbrecher, deſſen Vermögen dem Fiſco zufallen muſte, ſich entleibt hatte. In ſolchem Falle war die That in fraudem fiſci, und die Confiſcation hatte ſtatt, als wenn die Unterſuchung ſchon angegangen wäre. L. 2. C. qui teſtam. fac. poſſ. Si is, qui te cum vxore tua heredem ſcripſit, quando teſtamentum ordinavit, ſanae mentis fuit, nec poſtea alicujus ſceleris conſcientia obſtrictus, ſed aut impatiens doloris, aut aliqua furoris rabie conſtrictus, ſe praecipitem dedit, ejusque innocentia liquidis probationibus commendari poteſt a te, adſcitae mortis obtentu poſtremum ejus judicium convelli non debet. Quodſi futurae poenae metu, voluntaria morte ſupplicium antevertit, ratam voluntatem ejus conſervari leges vetant.

§. 895. Starb der in der Unterſuchung befangene Menſch während derſelben eines natürlichen Todes, ſo geſchahe dem Teſtamente kein Abbruch. Paul. Rec. Sent. L. 5. tit. 12. pr. Bona eorum, qui in cuſtodia, vel in vinculis, vel compedibus deceſſerunt, heredibus non auferuntur, ſive teſtato ſive inteſtato deceſſerunt.

§. 896.

§. 896. Daß die Kriegsgefangenſchaft wegen der Fiction des L. Corneliae oder des juris poſtliminii eigentlich kein teſtamentum irritum veranlaſſet, iſt ſchon oben geſagt worden. Wer auch gegen die Verurtheilung Wiederherſtellung in den vorigen Stand erhielt, deſſen Teſtament bekam ſeine vorige Gültigkeit wieder L. 6. §. 12. de injuſt. rupt. irrit. Quatenus tamen diximus ab hoſtibus capti teſtamentum irritum fieri, adjiciendum eſt, poſtliminio reverſi vires ſuas recipere jure poſtliminii: aut, ſi ibi decedant, lege Cornelia confirmari. Ergo et ſi quis damnatus capite, in integrum indulgentia principis ſit reſtitutus, teſtamentum ejus convaleſcet. Vlp. Fragm. tit. 23. §. 5. Si is, qui teſtamentum fecit, ab hoſtibus captus ſit, teſtamentum ejus valet: ſi quidem reverſus fuerit, jure poſtliminii: ſi ibi deceſſerit, ex lege Cornelia, quae perinde ſucceſſionem ejus confirmat, atque ſi in civitate deceſſiſſet. Paul. Sent. L. 3. tit. 4. A. §. 8. Qui ab hoſtibus captus eſt, teſtamentum, quaſi ſervus, facere non valet. Sane valet teſtamentum id, quod ante captivitatem factum eſt, ſi revertatur, jure poſtliminii: aut ſi ibidem decedat, beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae reditusque firmantur.

§. 897. Es erhielt aber, bey erfolgter Wiederherſtellung des vorigen Zuſtandes, das Teſtament, ſo durch capitis diminution des Erblaſſers ungültig geworden, nicht nach dem bürgerlichen Rechte, doch nach dem jure praetorio, ſeine Gültigkeit wieder §. 6. J. de quib. mod. teſt. infirm. Non tamen per omnia inutilia ſunt ea teſtamenta, quae ab initio jure facta, per capitis diminutionem irrita facta ſunt. Nam ſi ſeptem teſtium ſignis ſignata ſunt, poteſt ſcriptus heres ſecundum tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem agnoſcere, ſi modo defunctus eſt civis Romanus et ſuae poteſtatis mortis tempore fuerit. Nam ſi ideo irritum factum

tum ſit teſtamentum, quia civitatem: vel etiam libertatem teſtator amiſit, aut quia in adoptionem ſe dedit, et mortis tempore in adoptivi patris poteſtate ſit: non poteſt ſcriptus heres ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem petere. Vlp. Tit. 23. §. 6. Si ſeptem ſignis teſtium ſignatum ſit teſtamentum, licet jure civili ruptum vel irritum factum ſit, praetor ſcriptis heredibus juxta tabulas bonorum poſſeſſionem dat, ſi teſtator et civis Romanus et ſuae poteſtatis, cum moreretur, fuit: quae bonorum poſſeſſio cum re, id eſt, cum effectu habetur, ſi nemo alius jure heres ſit. Nach L. 2. §. pen. Sec. tab. war ein Unterſchied, ob der Teſtirer maximam und mediam, oder nur minimam capitis diminutionem erlitten. In jenem Falle war ipſo jure für das Teſtament geſorgt, in dieſem nur als denn, wenn der Erblaſſer zugleich ſeinen Wunſch, daß das Teſtament wieder gelten möchte, zu erkennen gegeben. Die lezte Worte des Vlp. wollen, daß wenn Kinder vorhanden ſind, welche contra tabulas ſich melden können, erſt abgewartet werden müſſe, ob dieſe ſich derſelben bedienen werden. Wenn man, ehe ſolche ſich an ihrem Rechtsmittel verſäumt, ſchon ſecundum tabulas ſich meldet, ſo iſt die dadurch erhaltene bonorum poſſeſſio vor der Hand ſine re. A. Faber Conj. L. 10. c. 19. beſchuldigt Juſtinian einer Unwiſſenheit, daß er gelehrt, nur nach prätoriſchen Rechten gelte das Teſtament, wo der Erblaſſer eine capitis diminution in der Folge erlitten, aber vor ſeinem Ende in den vorigen Stand gekommen. Er meint, ſelbſt nach bürgerlichem Rechte ſeyen dergleichen Teſtamente gültig. Er mißbraucht die Stellen, welche von der dem Erben zwiſchen der Erbeinſetzung und des Erblaſſers Tode begegneten Veränderung reden, und L. 6. §. pen. de injuſt. rupt. Von jenen iſt kein Schluß zu machen, und L. 6. §. pen. enthält eine Art von Reſtitutio in integrum durch landesfürſtliche Begnadigung. Wenn die bürgerlichen Rechte hier allge-

gemein ſchon zu ſtatten kämen, ſo würde man nicht immer blos der bonorum poſſeſſionis erwähnt hören.

§. 898. Daß auch eine capitis diminutio minima, nemlich die Arrogation, das Teſtament ungültig gemacht, iſt oben da geweſen. Wenn hingegen ein filiusfamilias, welcher ein Soldat war, und ein Teſtament über ſein peculium caſtrenſe gemacht hatte, der väterlichen Gewalt entlaſſen wurde, und ihm der Vater ſtarb; ſo änderte ſich ſein Teſtament nicht. L. 6. §. 13. de injuſt. rupt. irrit. Filiifamilias veterani ſui juris morte patris factum teſtamentum irritum non fieri conſtat. Nam quantum ad teſtandum de caſtrenſi peculio pro patrefamilias habendus eſt. Et ideo nec emancipatione irritum fieri militis vel veterani teſtamentum verum eſt. Zu Anfange wird blos ein veteranus erwähnt, weil auch dieſer, wenn er gleich kein Soldat mehr iſt, doch über das peculium caſtrenſe noch teſtiren kann.

Zweyter Abſchnitt.

Teſtamentum ruptum.

§. 899. Fälle des teſtamenti rupti.

§. 899.

Das Teſtament wird ferner in der Folge dadurch ungültig, wenn der Teſtirer ſeinen Willen ändert. Nicht weniger wird es hinfällig, wenn ſich bey den Kindern und Nachkommen in der Folge, ſolche Veränderungen zutragen, daß nun ſolche Deſcendenten eintreten, welche in dem Teſtamente hätten erwähnt werden müſſen, und nicht erwähnt ſind. In dieſen beyden Fällen wird das ungülti-

gültige Teſtament ruptum genennt Pregel de teſtam. rupt. pr. J. quib. mod. teſt. infirm. Teſtamentum jure factum, vsque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat. Vlp. Fragm. Tit. 23. § 2. Rumpitur teſtamentum mutatione, id eſt, ſi poſtea aliud teſtamentum jure factum ſit. Item agnatione, id eſt, ſi ſuus heres agnaſcatur, qui neque heres inſtitutus, neque, vt oportet, exheredatus ſit.

Erſter Abſatz.

Ungültigkeit durch Willens Aenderung.

Erſte Section.

Wenn ein neu Teſtament gemacht wird.

§. 900. Jedes Teſtament kann der Erblaſſer ändern. §. 901. Der Widerruf muß deutlich ſeyn. §. 902. Das zweyte Teſtament hebt das erſte ipſo jure auf. §. 903. Nur muß es wenigſtens von Anfange gültig ſeyn. §. 904. Das zweyte Teſtament, ſo leer iſt, hebt das ältere nicht auf. §. 905. Das zweyte Teſtament zum Beſten der Inteſtat-Erben mit 5 Zeugen gemacht, macht das ältere ungültig. §. 906. Das zweyte Teſtament hebt das erſte, wenn jenes gleich in der Folge ſelbſt wieder ungültig wird. §. 907. Beſonder Beyſpiel. §. 908. Fall da das zweyte Teſtament eine Bedingung de futuro hat, die nicht zur Würklichkeit kommt. §. 909. Wenn im zweyten Teſtamente der Erbe ex re certa ernannt iſt. §. 910. Ein zweytes privilegirtes Teſtament hebt das ältere auf. §. 911. Beyde Teſtamente können nicht directe beſtehen, wenn es auch der Erblaſſer will. §. 912. Fall da der Teſtirer das zweyte Teſtament zernichtet, damit das erſte wieder gelte.

§. 900.

Der Erblaſſer kann ſein Teſtament ändern, wie er will, und wenn er auch den Landes Regenten ſelbſt zu Erben ernannt hätte L. 6. C. qui teſtam. fac. poſſ. Si quis imperatorem forte heredem inſtituerit, habeat mutandi judicii facultatem, et quemcunque voluerit, ſecundum leges in teſtamento ſuo heredem. Oder eine derogatoriſche Clauſel im erſten Teſtamente gebraucht. Wernh. de clauſ. de rog. teſtam. adject. Bodinus und Scherer de teſtam. irrevocab. Spies de revocat. teſtam. Heide de revocat. vlt. vol. Schmid. de teſtam. priore poſteriori derog. Chalert de revocat. teſtam. Kav. de revocat. teſtam. act. inſinuati. Tenzel de mutat. vlt. vol. Willenb. de libert. mut. teſtam.

§. 901. Die Handlung wodurch die Widerrufung des Teſtaments geſchieht, ſoll und muß deutlich ſeyn, daß die Intention ſolches aufzuheben gewiß daraus zu erſehen. Deshalb iſt die Zurücknehmung eines gerichtlichen Teſtaments, ſo ohne alle weitere Aeuſſerung geſchehen, und da das Teſtament unverlezt gefunden wird, keine deutliche Aufhebung. Henne de teſtam. publ. per repetit. ab act. rupt. Lugenheim de teſtam. judiciali per repetit. ab act. infirm.

§. 902. Die Willens Aenderung hebt das Teſtament entweder dergeſtalt auf, daß der Erblaſſer ein anderes neueres Teſtament verfertigt, und dadurch das ältere ungültig macht, oder es geſchieht durch eine bloſſe Widerrufung ohne Errichtung eines neuen Teſtaments. Ein ſolch zweytes von Anfange gültiges Teſtament hebt ſo fort das erſtere auf. Eine beſondere Widerrufung des vorigen Teſtaments iſt dabey nicht nöthig, wenn auch

in

in dieſem eine derogatoriſche Clauſel ſteht A. Faber Err. pragm. D. 38. E. 1. Schmidt de teſtam. poſter. priori derog. Linck de poteſt. teſtam. nuncup. poſter. ſcript. teſt. prius rump. Reinh. de teſtam. imperf. perfect. infirm. Altner de teſtam. poſter. imperf. prius perf. infirm. Schott. ad Or. Pertinac. de teſtam. poſter. imperf. prius perf. haud. infirm. in Opuſc. Breuning Pr. ad Oratt. Pertinac. in §. 7. J. quib. mod. teſt. infirm. Balecke de teſtam. rupt. ad vet. teſtam. antiquat. relat.

§. 903. Iſt das zweyte von Anfange ungültig, ſo hat es dieſe Würkung nicht. §. 7. J. quib. mod. teſt. infirm. Ex eo autem ſolo non poteſt infirmari teſtamentum, quod poſtea teſtator id noluerit valere: vsque adeo, vt ſi quis poſt factum prius teſtamentum poſterius facere coeperit, et aut mortalitate praeventus, aut, quia eum ejus rei poenituit: id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum ſit, ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, niſi ſequentes jure ordinatae et perfectae fuerint. Nam imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſt. A. Faber verſteht die Stelle ſo, daß nur ein geſchriebenes Teſtament das ältere ſchriftliche Teſtament aufhebe Err. pragm. D. 68. E. 3. Otto Comm. ad Inſt. p. 293. lehrt, daß vor dem K. Pertinax, wenn das zweyte Teſtament auch unvollſtändig geweſen, dennoch der Fiſcus den Erben des erſten Teſtaments die Erbſchaft weggenommen. Dies habe Pertinax aufgehoben. Andre wollen, daß ein unvollſtändiges Teſtament das vollſtändige aufgehoben, und dadurch cauſa inteſtati entſtanden. Da denn, wenn keine Inteſtat-Erben ſich gefunden, der Fiſcus bona vacantia an ſich genommen. Wahrſcheinlicher aber hat der Fiſcus die Inteſtat-Erben ausgeſchloſſen, und die Güter als ereptitia an ſich geriſſen, weil ſonſt die Hoffnung des Fiſcus

zu entfernt geweſen wäre. Auch ein zweytes privilegirtes Teſtament hebt das ältere feyerliche auf. Bey den Teſtamenten, die Eltern unter ihren Kindern gemacht, iſt etwas beſonderes. Rivinus de teſtam. parent. privil. ſolenne prius condit. non infirm. Heisler quat. teſtam. int. lib. cond. rump. teſtam. anter.

§. 904. Daher kann das leztere ein älteres nicht aufheben, wenn in dem leztern nichts, oder wenigſtens keine Erbeinſetzung geſchrieben iſt L. 11. de injuſt. rupt. irrit. Si binae tabulae proferantur diverſis temporibus factae, vnae prius, aliae poſtea, vtraeque tamen ſeptem teſtium ſignis ſignatae, et apertae poſteriores vacuae inventae ſint, id eſt, nihil ſcriptum habentes omnino: ſuperius teſtamentum non eſt ruptum: quia ſequens nullum eſt.

§. 905. Eine beſondere Ausnahme iſt in dem Falle zu machen, da ein Teſtirer im erſten Teſtamente fremde, im zweyten ſeine nächſten Verwandten zu Erben ernannt hat. In dieſem Falle hat das zweyte Teſtament, wenn dabey nur 5 Zeugen gebraucht ſind, die Würkung das erſte umzuwerffen, wenn es gleich an ſich nicht gültig iſt. Die Inteſtat-Erben erhalten nun das ab inteſtato, was ihnen im zweyten Teſtamente zugedacht war L. 2. de injuſt. rupt. Tunc autem prius teſtamentum rumpitur, cum poſterius rite perfectum eſt. Niſi forte poſterius vel jure militari ſit actum, vel in eo ſcriptus eſt, qui ab inteſtato venire poteſt. Tunc enim et poſteriore non perfecto ſuperius rumpitur. L. 21. §. 3. C. de teſtam. Si quis autem teſtamento jure perfecto, poſtea ad aliud venerit teſtamentum: non alias, quod ante factum eſt, infirmari decernimus, quam ſi, quod ſecundo facere teſtator inſtituit, jure fuerit conſummatum. Niſi forte in priore teſtamento ſcriptis his, qui ab inteſtato ad teſtatoris herepitatem, vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecun-

cunda voluntate teſtator eos ſcribere inſtituit, qui ab inteſtato ad teſtatoris hereditatem, vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecunda voluntate teſtator eos ſcribere inſtituit, qui ab inteſtato ad ejus hereditatem vocantur. Eo enim caſu, licet imperfecta videatur ſcriptura poſterior, infirmato priore teſtamento, ſecundum ejus voluntatem non quaſi teſtamentum ſed quaſi voluntatem vltimam inteſtati valere ſancimus: in qua voluntate quinque teſtium juratorum depoſitiones ſufficiunt: quo non facto valebit primum teſtamentum, licet in eo ſcripti videantur extranei. In der 9ten Theod. Nov. beym Cod. Theod. lautet die Stelle: Si quis autem teſtamento jure perfecto, poſtea ad aliud venerit teſtamentum, non alias, quod ante factum eſt, infirmari decernimus, quam id, quod ſecundo facere teſtator inſtituit, jure fuerit conſummatum: Niſi forte in priore teſtamento ſcriptis his, qui ab inteſtato ad teſtatoris hereditatem ſucceſſionemve venire non poterant, in ſecunda voluntate teſtator eos ſcribere inſtituit, qui ab inteſtato ad ejus hereditatem vocantur. Eo enim caſu, licet imperfecta videatur ſcriptura poſterior, infirmato priore teſtamento ſecundum ejus voluntatem non quaſi teſtamentum ſed quaſi voluntatem inteſtati valere cenſemus, in qua voluntate quinque teſtium juratorum depoſitiones ſufficient. Quo non facto, valebit primum teſtamentum, licet in eo ſcripti videantur extranei. Es iſt ein Irrthum, wenn die Rechtslehrer in dieſem Falle das zweyte Teſtament ein privilegirtes Teſtament nennen. Es beſteht gar nicht als Teſtament, und iſt als ſolches ganz ungültig. Doch hat die Verordnung die Würkung, daß das ältere Teſtament zernichtet wird. Die 5 Zeugen ſcheint erſt Theodoſius erfordert zu haben, da ihrer die Pandekten nicht gedenken, welche doch L. 2. de injuſt. rupt. irrit. ſchon

der Sache Erwähnung thun, wenn dort nicht etwa ein Tribonianismus iſt. Cf. A. Faber Err. pragm. D. 37. E. 1.

§. 906. Wenn das zweyte Teſtament von Anfange gültig iſt, ſo wird dadurch das erſtere zernichtet, geſezt auch daß das zweyte nicht immer gültig bliebe, ſondern in der Folge wieder hinfällig würde. In ſolchem Falle ſind beyde Teſtamente, das erſtere und leztere zugleich, ungültig §. 2. J. quib. mod. teſt. infirm. Poſteriore quoque teſtamento, quod jure perfectum eſt, ſuperius rumpitur: nec intereſt, exſtiterit aliquis heres ex eo, an non. Hoc enim ſolum ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit. Ideoque ſi quis aut noluerit heres eſſe, aut vivo teſtatore, poſt mortem ejus, antequam hereditatem adiret, deceſſerit, aut conditione, ſub qua heres inſtitutus eſt, defectus ſit: in his caſibus paterfamilias inteſtatus moritur. Nam et prius teſtamentum, non valet, ruptum a poſteriore, et poſterius aeque nullas vires habet, cum ex eo nemo heres exſtiterit. Caji Inſt. L. 2. tit. 3. §. 4. Poſteriore quoque teſtamento, quod jure factum eſt, id quod jure ante factum fuerat, rumpitur. Quodſi facto poſteriore teſtamento heres ſcriptus aut ante aditionem hereditatis moriatur, aut vivo teſtatore defecerit aut conditio poſſibilis, ſub qua heres inſtitutus eſt, impleta non fuerit, is, qui teſtamentum fecit, inteſtatus, mori videtur, quia teſtamentum, quod prius fecerat, teſtamento poſteriore reſciſſum eſt, et quod poſterius factum eſt.

§. 907. Ein Beyſpiel, ſo dieſen Saz beſtätigt, geben die Geſetze in dem Falle, da ein Erblaſſer zuerſt ein Teſtament gemacht hat, worin er einen poſtumus enterbt, hierauf ein anderes errichtet, worin er denſelben übergangen hat. Wird der poſtumus in ſolchem Fall geboh-

gebohren, ſo ſind beyde Teſtamente ungültig. Das lezte iſt es wegen der Uebergehung des poſtumi. Das erſte, weil es durch das zweyte umgeworffen worden. Das zweyte galt von Anfange, da man nicht wuſte, ob ein poſtumus zur Welt kommen würde, oder nicht L. 3. §. 4. de injuſt. rupt. irrit. teſt. Sed etſi ſit ante hoc aliud teſtamentum, quo poſtumus exheredatus ſit, placet, ſive poſt mortem teſtatoris naſcatur, ſive vivo teſtatore, vtrumque ruptum eſſe: et ſuperius per inferius et inferius per poſthumum. Ante hoc, nemlich teſtamentum, in quo poſtumus eſt, praeteritus. Einige leſen: exheredatus non ſit. Aber unſere Leſart iſt die beſſere und die florentiniſche.

§. 908. Daß das zweyte Teſtament die Kraft behalte das erſte umzuwerffen, wenn gleich in dem lezten der Erbe unter einer Bedingung eingeſezt iſt, und dieſe in der Folge nicht zur Erfüllung gekommen, lehren ſchon die vorigen Stellen; beſonders aber betrift dieſen Punkt L. 16. de injuſt. rupt. irrit. Cum in ſecundo teſtamento heredem eum, qui vivit, inſtituimus: ſive pure, ſive ſub conditione: tamen conditio exiſtere potuit: licet non exſtiterit: ſuperius teſtamentum erit ruptum. Multum autem intereſt, qualis conditio poſita fuerit. Nam in praeteritum concepta ponitur veluti: *Si Titius conſul fuit.* Quae conditio ſi vera eſt (id eſt, Si Titius conſul fuit) ita eſt inſtitutus heres, vt ſuperius teſtamentum rumpatur. Tum enim ex hoc heres eſſet. Si vero Titius conſul non fuit, ſuperius teſtamentum non eſt ruptum. Quodſi ad praeſens tempus conditio adſcripta eſt, herede inſtituto, veluti: *Si Titius conſul eſt:* eumdem exitum habet, vt, ſi ſit, poſſit heres eſſe, nec ſuperius teſtamentum, rumpatur. In futurum autem collatae conditiones: ſi poſſibiles ſunt, exiſtere potuerunt, licet non exſtiterint: efficiunt, vt ſuperius te-

teſtamentum rumpatur, etiamſi non exſtiterint. Si vero impoſſibiles ſunt, veluti: *Titius ſi digito coelum tetigerit, heres eſto:* placet proinde eſſe, quaſi conditio adſcripta non ſit, quae eſt impoſſibilis. Wenn dem zweyten Teſtamente eine unmögliche Bedingung beygefügt worden, ſo hebt es das erſte Teſtament, wie eine unbedingte Erbeinſetzung zu thun pflegt. Iſt es eine mögliche, ſo iſt ſie entweder in praeteritum vel praeſens collata conditio, oder eine in futurum gerichtete Bedingung. Wenn ihr die Würklichkeit nicht abgeht, ſo zernichtet die zweyte Erbeinſetzung in beyden Fällen die erſte. Wofern aber dieſe abgeht, ſo bleibt bey der erſten Art der Bedingungen das erſte Teſtament gültig, weil das zweyte von Anfange nicht galt, bey der zweyten Art hingegen wird das erſte Teſtament ungültig, weil das zweyte von Anfange gültig war.

§. 909. Auch dasjenige ſpätere Teſtament, worin der Erbe ex re certa ernannt iſt, wirft das ältere um, weil der Erbe des ſpätern Teſtaments auſſer der re certa auch alles Uebrige erhält, und alſo dennoch ſo gut als ein heres ex aſſe anzuſehen iſt. §. 3. J. quib. mod. teſt. infirm. Sed et ſi priore teſtamento jure perfecto, poſterius aeque jure fecerit: etiamſi ex certis rebus in eo heredem inſtituerit: ſuperius tamen teſtamentum ſublatum eſſe, divi Severus et Antoninus, Auguſti reſcripſerunt. Cujus conſtitutionis verba et hic inſeri juſſimus, quum aliud quoque praeterea in eo conſtitutione expreſſum ſit: *Imperatores Severus et Antoninus Auguſti Coccio Campano. Teſtamentum ſecundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres ſcriptus ſit, perinde jure valere ac ſi rerum mentio facta non eſſet: Sed et teneri heredem ſcriptum, vt contentus rebus ſibi datis, aut ſuppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem reſtituat his, qui in priore teſtamento ſcripti fuerant,*

prop-

propter inſerta fideicommiſſi verba quibus, ut valeret prius teſtamentum, expreſſum eſt, dubitari non oportet. Et ruptum quidem teſtamentum hoc modo efficitur. Wenn in dem leztern Teſtamente der Erbe gebeten iſt, die Erbſchaft den Erben aus dem ältern Teſtamente zurückzugeben; ſo iſt ein Fideicommiſs zum Beſten der Erben des erſten Teſtaments vorhanden. Der Erbe des leztern Teſtaments behält die Pegaſiana oder Trebellianica, welche hier Falcidia genannt wird. Das Uebrige erhalten die Erben des ältern Teſtaments.

§. 910. Da das zweyte Teſtament das erſtere aufhebt, wenn es nur gültig iſt, ſo iſt begreiflich, daß auch ein privilegirtes Teſtament, ein feyerliches oder ebenfalls unprivilegirtes älteres aufheben könne. L. 2. de injuſt. rupt. irrit. ſo ſchon oben vorgekommen.

§. 911. Wenn der Erblaſſer auch will, daß das erſte Teſtament neben dem zweiten gelten ſoll, ſo kann dies nach dem bürgerlichen Rechte dennoch nicht geſchehen, ſondern höchſtens gilt das zweite als inſtitutio directa, und der Erbe des erſten Teſtaments, wird Fideicommiſſarius, dem der Erbe des zweiten Teſtaments die Erbſchaft zurückgiebt. L. 12. §. 1. de injuſt. rupt. irrit. Si paganus, qui habebat jam factum teſtamentum, aliud feciſſet, et in eo comprehendiſſet, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent: omni modo prius teſtamentum ruptum eſt. Quo rupto, poteſt quaeri, an vice codicillorum id valere deberet. Et cum haec verba ſint fideicommiſſi, et ſine dubio univerſa, quae illic ſcripta ſunt, in cauſa fideicommiſſi erunt: non ſolum legata et fideicommiſſa, ſed et libertates et heredis inſtitutio. Mollenb. de duob. teſtam. ſimul val. Wasmuth de duob. teſtam. ſimul repert.

§. 912. Wofern der Erblaſſer das zweyte Teſtament wieder aufhebt, und caſſirt, damit das erſte wieder gelte, ſo hilft das zwar nach bürgerlichem Rechte, dem ältern Teſtamente nicht wieder auf, doch nach prätoriſchen Grundſätzen L. pen. §. 2. ſec. tab.

Zweyte Section.

Ohne ein neu Teſtament.

§. 913. Wie thätlich oder mit Worten ein Teſtament widerrufen werde. §. 614. Widerrufung eines Teſtaments das über 10 Jahr alt iſt. §. 915. Aenderung des Iuſtinian über dieſen Punkt. §. 916. Von wörtlicher Widerrufung des Teſtaments. §. 917. Wörtliche Widerrufung derer, welche in Anſehung der Teſtamente privilegirt ſind. §. 918. Widerruf der Erbeinſetzung in Anſehung eines unter mehrern Erben. (§. 933.) §. 919. Aufhebung des Teſtaments durch Zerbrechung und Abreiſſung der Siegel, Bedeckungen und Beveſtigungen. §. 920. Unterſchied ob die Zerreiſſung u. ſ. w. mit Vorſatz geſchehen. §. 921. Oder durch ein Ohngefähr und wider Willen des Teſtirers. §. 922. Zernichtung des Teſtaments ſchadet, bey vorhandenem Beweiſe, nicht, wenn ſie auch das ganze Teſtament trift. §. 923. Verluſt des Teſtaments nach der feyerlichen oder gerichtlichen Publication. §. 924. Unterſchied zwiſchen dem Durchſtreichen vor und nach Vollendung des Teſtaments §. 929. §. 925. Durchſtreichung gilt nur in Anſehung der Perſonen, die genannt geweſen. §. 926. Wiefern der Fiſcus beym Durchſtreichen eintrete. §. 927. Würkung des Zerreiſſens. §. 928. Fernere Anmerkung über L. 2. de his quae in teſt. del. §. 929. Anderweiter Unterſchied zwiſchen dem Durchſtreichen vor und nach Vollendung des Teſtaments. (§. 924.) §. 930. Von Erklärung des Erblaſſers, daß alles, was durchſtrichen, mit ſeinem Willen durchſtrichen ſey. §. 931. Beſchädigung des Teſtaments durch den Erblaſſer der den Verſtand verlohren, ſchadet nicht. §. 932. Von Zernichtung eines von mehrern Exemplaren

des

des Teſtaments. §. 933. Zernichtung der Verordnung in Anſehung eines der Erben (§. 919.) §. 934. Ein aufgehobenes Teſtament kann durch neue Teſtamentsform wieder beſtätigt werden.

§. 913.

Wenn ohne Errichtung eines zweyten Teſtaments der Teſtirer ſeinen lezten Willen aufhebt, ſo geſchieht dies entweder durch mündlichen Widerruf, oder durch Handlungen, welche das Teſtament und die Erbeinſetzung zernichten, oder den Willen zeigen, daß die Verordnung nicht mehr gelten ſoll. Die mündliche Widerrufung müſte, wenn ſie ſonſt gültig wäre, mit derjenigen Feyerlichkeit geſchehen, womit Teſtamente gemacht werden. L. Hereditas C. de his quib. ut indign. Aber von einer bloßen Widerrufung des Teſtaments durch mündliche und ſchriftliche Verordnungen ohne ein neu Teſtament zu machen, weiß das Römiſche Recht gar nichts. Loehlein Pr. quo probatur teſtam. ſola volunt contrar. verb. ſollennib. tamen declarata, facto nullo concurrente, neque lapſu decennii antecedente, infirmari. J. S. Fr. Böhmer: Ob ein ſolenn. Teſtam. blos durch einen vor 2 bis 3 Zeugen geſchehen. Wiederr. entkräft werden könne. Hall. Anz. d. 1744. N. 36. 37.

§. 914. Nur alsdenn, wenn ein Teſtament über 10 Jahr alt iſt, wird von Iuſtinian deſſen Widerrufung durch Worte, ohne ein neu Teſtament geſtattet, und blos die Zuziehung der Zeugen dazu erfordert. Dieſe Beſonderheit kommt daher, weil vor dieſem Kayſer ein Teſtament, nach deſſen Errichtung der Teſtirer noch über 10 Jahre gelebt, ſchon an ſich ungültig war, und als ſtillſchweigend widerrufen angeſehen wurde. Man glaubt in ſo langer Zeit habe ſich viel geändert. Des

Erblaſſers Geſinnung ſeye am Ende nicht immer die vorige geweſen. Er habe nur vergeſſen, daß er ein Teſtament gemacht habe, und ſey in der Meynung, ohne Teſtament zu ſterben. Daher nahm eine ältere Conſtitution dieſem alle Gültigkeit, wenn es auch gar nicht widerrufen worden. Schmidt de valore teſtam. a teſtatore obliti L. 6. C. Th. de teſtam. Ne quis poſt diem mortis, ſcriptis ante decennium teſtamentis, praeſtetur aſſenſus, nullisque penitus viribus ſcriptura hujusmodi, tempore antiquata, taxetur: praeſertim ſi cum voluntas continuata perſtiterit, brevis mora ſit, recentibus vetuſtatem innovare temporibus. Vix enim fieri poteſt, ut per haec tempora, quae fidei amore contraximus, omnem teſtium conſcientiam mors conjurata ſurripiat. Et nefas eſt, ut antiquae deliberationis ordinatio, voluntas poſtrema dicatur. Statt ſi cum voluntas muß man leſen: cum ſi voluntas. Brevis mora ſit iſt ſo viel, als facile ſit. Es will ſagen: da derjenige, deſſen Willen nach ſo langer Zeit noch fortdauern und bleiben ſoll, ſolchen leicht erneuern kann. Zwiſchen: vt per haec tempora muß ein non eingeſchaltet werden: ut non per haec tempora. In ſo langer Zeit muß es meiſtens geſchehen, daß alle gebrauchten Zeugen abſterben, und alſo über die Sache kein rechter Beweis mehr aufzubringen iſt. Fidei amore contraximus, wir haben die Zeit ſo abgekürzt, daß Glaube und Wahrheit aufrecht erhalten werde. Mors conjurata iſt eine redneriſche Floſkel. Antiquae deliberationis ordinatio iſt ein altes Teſtament cf. Cannegieter Obſ. jur. Rom. L. 1. C. 6. Die Verordnung, welche ſich von Honorius herſchreibt, war den alten Grundſätzen zuwider. L. 1. §. 1. de B. P. ſec. tab. L. 34. §. 1. de Leg. 3. und hatte keine ſonderl. Gründe.

§. 915. Daher ſie Iuſtinian auch wieder aufgehoben, jedoch den Widerruf eines zehnjährigen Teſtaments dergeſtalt erleichtert, daß mit Beyziehung dreyer Zeugen ſolcher geſchehen kann. L. 27. C. de teſtam. Sancimus, ſi quis legitimo modo condidit teſtamentum, et poſt ejus confectionem decennium profluxerit: ſi quidem nulla innovatio vel contraria voluntas teſtatoris apparuerit: hoc eſſe firmum. Quod enim non mutatur, quare ſtare prohibetur? Quemadmodum enim qui teſtamentum fecit, et nihil voluit contrarium, inteſtatus efficitur? ſin autem in medio tempore contraria teſtatoris voluntas oſtenditur: ſiquidem perfectiſſima eſt ſecundi teſtamenti confectio, ipſo jure prius tollitur teſtamentum. Sin autem teſtator tantummodo dixerit, non voluiſſe prius ſtare teſtamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per teſtes idoneos non minus tribus: vel inter acta manifeſtaverit, et decennium fuerit emenſum: tunc irritum eſt teſtamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex curſu temporali. Aliter etenim teſtamenta mortuorum per decennii transcurſionem evaneſcere nullo patimur modo: prioribus conſtitutionibus, quae ſuper hujusmodi teſtamentis evacuandis latae fuerant, antiquandis. In den Baſilicis iſt von den drey Zeugen gar nichts erwähnt, ſondern es wird blos von 7 oder 5 Zeugen geredet. Fünf Zeugen erwähnen die Griechen oft, weil in den folgenden Zeiten nach Iuſtinian dieſe Anzahl zu Errichtung eines Teſtaments im Orient hinlänglich gehalten wurde. cf. A. Faber Err. pragm. D. 39. E. 6. Gebauer de teſtam. acced. decennii lapſu facta revocat. Hanneſen diſſ. ſecund. de eod. arg. Heisler, Haſpel de lapſu decenn. ad revoc. verbal. teſtam. non neceſſar.

§. 916. Diejenigen, welche die bloße wörtliche Widerrufung für gültig halten, machen einen Unterſchied, ob

ob ſie noch vor Endigung des Teſtaments geſchehen, und denn, ſagen ſie, daß das widerrufne Teſtament, als gar nicht verordnet anzuſehen: oder erſt nach Endigung des Teſtaments erfolgt ſey. Denn wären, wie ſie meinen, die gewöhnlichen Feyerlichkeiten eines neuen Teſtaments nöthig, aber auch hinlänglich. Man zieht hieher, L. 1. §. 4. de his quae in teſt. del. Et hereditatis portio ademta, vel tota hereditas, ſi forte ſit ſubſtitutus, jure facta videbitur, non quaſi ademta, (quoniam hereditas ſemel data, adimi facile non poteſt, ſed quaſi nec data. Es ſoll heiſſen: ademtio hereditatis vel partis ejus (eodem teſtamento) facta jure facta eſt, et ademtum devolvitur ad ſubſtitutum, ſi quis adeſt. Hereditas ſemel data, conſummato teſtamento, non facile, i. e. non ſine nova ſolennitate, adimi poteſt. Dies iſt auch die Erklärung des Cujacius. Weil aber doch immer, ſo verſtanden, das Geſetz wunderlich gefaßt iſt; ſo übt A. Faber Conject. L. 18. C. 16. ſeine Critik. Er verbindet die Stelle mit den Worten §. 3. denegabuntur actiones, worauf er gleich folgen läßt: Et hereditatis portio ademta, vel tota hereditas, jure videbitur, non quaſi ademta, quoniam etc. Er erklärt alſo die Stelle vom Fall der Durchſtreichung, und die Worte ſi forte ſit ſubſtitutus hält er für unächt. Weil jedoch ademtio eigentlich von einer mündlichen Widerrufung gebraucht wird, ſo iſt das Geſetz von dieſer zu erklären, und ſagt: wenn ein Subſtitut vorhanden, ſo kann ſolche geſchehen, ohne dergleichen aber nicht. Im leztern Falle müſte man, wenn eine wörtliche Widerrufung für gültig gehalten wird, in Gedanken beyfügen; es ſey denn, daß mit den Feyerlichkeiten eines neuen Teſtaments oder wenigſtens vor 5 Zeugen ſolcher Widerruf geſchehen, und im leztern Falle dadurch die Erbſchaft den Inteſtat-Erben zugebracht werde. Iſt ein Subſtitut vorhanden, ſo iſt die Widerrufung um ſo mehr zuläßig, weil ſie wie eine Erklä-

rung

rung des Teſtaments anzuſehen iſt. v. d. Water Obſ. L. 3. c. 2. erklärt die Stelle von dem Falle, wo der Erblaſſer den ernannten Erben in einen Subſtitutum verwandelt, ohne einen andern Inſtitutum zu benennen. In ſolchem Falle gelte ein Teſtament nicht weiter, weil es an einem Inſtituto gänzlich mangele. Man ſieht, daß von der Zuläßigkeit der wörtlichen Widerrufung, auch mit Zuziehung aller Feyerlichkeit, weder hier noch ſonſt einige Spur ſich findet. Sie iſt daher nach römiſchen Grundſätzen völlig zu verwerffen. Die Regel: Nihil naturalius eſt, quam eo modo quiduis diſſolvi, quo colligatum eſt, galt nur von Verträgen. Heutiges Tages, wo eine wörtliche Widerrufung allenfalls zugleich, als eine Ernennung der Inteſtat-Erben angeſehen werden könnte, würde die wörtliche Widerrufung, ſo die erforderliche Feyerlichkeit hätte, allenfalls zuläßig ſeyn.

§. 917. Diejenigen, welche privilegirte Teſtamente machen können, dahin Soldaten, ſind berechtiget auf eben die privilegirte Weiſe ihre Teſtamente mündlich zu widerruffen. Bey dem Widerruf eines Teſtaments, das Eltern unter ihren Kindern gemacht, hat Iuſtinian das Beſondere eingeführt, daß der Widerruf die Form eines feyerlichen Teſtaments erfordert, und bey Errichtung eines neuen Teſtaments, welches hier ebenfalls feyerlich ſeyn muß, das vorhin gemachte Teſtament ausdrücklich erwähnt und aufgehoben werden ſoll. Otto Com. ad Iuſt. p. 294. lehrt, daß ein feyerlich Teſtament zu Aufhebung des Teſtaments unter Kindern nur denn nöthig ſey, wenn fremde Perſonen im zweiten Teſtamente zu Erben ernannt werden. Nov. 107. c. 2. Et ſi quidem usque ad mortem maneat hoc ſchema, nullus poſtea deducet teſtes, quia voluit forte talem voluntatem commutare, aut convertere, aut aliquid tale facere, cui licuit rumpere, quod factum eſt, et aliam

face-

facere voluntatem, declarantem perfectam ejus ſententiam, quam competit valere. Hoc enim concedimus ei agere, hoc ipſum expreſſim ſignificantem ſub praeſentia teſtium ſeptem, quia et ſi fecerit quamdam talem voluntatem, non tamen eam valere ulterius vult, ſed rurſus vult aliam facere: et hanc aut in teſtamento perfecto faciat, omnia teſtamentorum habente ſigna, aut in non ſcripta perfecta voluntate: videri eum defunctum eſſe prioribus infirmis factis ex ſecunda ejus ſecundum perfectum teſtamentum aut voluntatem diſpoſitione Auth. Hoc inter liberos C. de teſtam. ex Nov. 107. c. 2. Hoc inter liberos teſtamentum ita infirmatur, ſi parens ſeptem teſtibus adhibitis declarat, ſe nolle tale teſtamentum valere, et aliam diſponat voluntatem, vel in teſtamento perfecto, vel in non ſcripta perfecta voluntate. Hoc ſchema oder haec forma iſt das nach der Form des erſten Kapituls der Novelle gemachte Teſtament. Deducet teſtes etc. i. e. adducat teſtes, qui dicant, voluiſſe teſtatorem voluntatem ſuam mutare. Cui licuerit etc. d. i. cum licuerit teſtatori vel teſtamentum ſuum deſtruere, vel novum teſtamentum condere. Quia et ſi fecerit d. i. quod et ſi fecerit — non tamen eam ulterius valere velit. Videri eum etc. d. i. ut ita videatur defunctus cum ſecunda diſpoſitione perfecti teſtamenti (ſcripti) aut voluntatis (nuncupativae) priore teſtamento nunc infirmato. Daß ein ſolches Teſtament durch Caßirung nicht aufgehoben werden kann, iſt nicht geſagt. Aber auch der beſondere Widerruf deſſelben bey einem neuern Teſtamente iſt nach A. Faber Err. pragm. D. 36. E. 7. nicht nöthig. Dies Geſetz will nur, wie er lehrt, daß ein bloſſer Widerruf nicht hinlänglich ſeyn, ſondern zugleich ein neues Teſtament gemacht werden ſolle. Die Urſach, warum ein neu Teſtament erfordert wird, ſezt Faber E. 8. darin, weil das ältere geſchriebene Teſtament in des Erblaſſers

Hän-

Händen iſt, und er ſolches, wenn ſein Wille nicht fortdauert, leicht caſſiren kann, wofern er es aber nicht caſſirt, eine Fortdauer ſo lange zu vermuthen, als noch kein neu Teſtament gemacht worden. Die Inteſtat-Verordnung könne neben den neuen Teſtament nicht beſtehen, weil nicht erlaubt teſtato und inteſtato zugleich zu ſterben. Doch ſey bey einer bloſſen Diviſione inter liberos ein neueres feyerliches Teſtament zum Widerruf nicht erforderlich.

§. 918. Wenn der Erblaſſer die Verordnung in Anſehung eines Erben widerruft, ſo fällt das, was ihm verlaſſen war, an den Miterben oder den Subſtitut. L. 1. §. 4. de his quae in teſtam. delent. Et hereditatis portio ademta, vel tota hereditas, ſi forte ſit ſubſtitutus, jure facta videbitur: non quaſi ademta (quoniam hereditas ſemel data adimi facile non poteſt) ſed quaſi nec data. Wenn ein Erbe nur einen Theil der Erbſchaft hatte, ſo fällt dieſer Theil an den Miterben. Wenn aber der Erbe Univerſalerbe war, und man widerrufte, ohne, daß ein Subſtitut vorhanden; ſo ſollte nicht ſo wohl der Erbe aufgehoben, als das ganze Teſtament ungültig werden. Die Widerrufung muſte hier auch in eben dem Teſtamente geſchehen, wie man gemeiniglich die Stelle erklärt. Sonſt hatten die Feyerlichkeiten einer neuen Widerrufung nicht blos den Erben, ſondern das ganze Teſtament aufgehoben. Daher, daß in eben demſelben Teſtamente der Widerruf geſchehen ſeyn muſte, ſind wie man ſagt, die Worte zu erklären: quaſi nec data. Ich glaube überhaupt nicht, wie ich ſchon geäuſſert, daß bey den Römern ein vollſtändig gemachtes Teſtament in der Folge blos wörtlich widerrufen werden können, ohne ein neu Teſtament zu machen, wenn man auch alle Feyerlichkeiten eines Teſtaments gebraucht hätte. Dieſer Sache, welche doch ſo wich-

wichtig iſt, wird nie in den Geſetzen erwähnt, da der Aenderung des Teſtaments durch ein neues, oder durch Caſſirung deſſelben, beſtändig allein gedacht wird. Das eben angeführte Geſetze L. 1. §. 4. de his quae in teſtam. del. enthält nichts, woraus man ſchlieſſen könnte, die Widerrufung ſey vor Vollendung des Teſtaments geſchehen. Ob dieſe zuläßig war, konnte gar keine Frage ſeyn, weil, ſo lange der Actus teſtandi währt, alles gilt, was in der Zeit verordnet wird. Man muß alſo dies Geſetz von einem erſt in der Folge geſchehenen Widerruf erklären. Daß dieſer nicht wohl angehe, lehrt die Parentheſe: hereditas ſemel data adimi facile non poteſt. Nur in einem ſolchen Falle gieng ſie an, da nicht das ganze Teſtament ungültig werden ſollte. Z. E. wenn nur einem der Miterben ſeinen Antheil zu nehmen, oder wenn ein Subſtitut vorhanden, und dem Inſtitut ſein Recht zu entziehen, oder dem Subſtitut ſeine Hoffnung zu benehmen war. Ich glaube aber doch, daß ſelbſt in dieſen Fällen die ganze Feyerlichkeit eines Teſtaments zum Widerruf nöthig geweſen, nach L. 4. C. de his quib. ut indign. Der Satz, daß auſſerdem die Widerrufung eines Teſtaments nicht gültig war, wird auch dadurch beſtätigt, daß es blos einem Soldaten als ein Privilegium angerechnet wird, ſein Teſtament widerrufen zu können L. 17. §. 2. de mil. teſt. Eben ſo beweißt ihn L. 13. §. 1. de lib. et poſt. wo das in eodem teſtamento ſo viel heiſt, als ohne ein neu Teſtament zu machen. Man ſehe Cheſi in Iurispr. Rom. et Att. Tom. 2. p. 108. ſeq.

§. 919. Die Thaten und Handlungen, womit der Teſtirer ſein Teſtament aufheben kann, ſind alle diejenigen, welche das Teſtament zernichten, unleſerlich machen, zerreiſſen und in Unordnung bringen. Dahin gehört die Zerbrechung und Abreiſſung der Siegel, Befeſti-

gungen und Bedeckungen Picard, Perry de teſtam. inciſo. L. 30. C. de teſtam. Noſtram proviſionem, maxime circa ultima elogia defunctorum, nunc etiam extendi properamus. Vnde cum invenerimus quasdam controverſias veteribus juris interpretatoribus exortas propter teſtamentum, quod legitimo modo conditum, ſeptem teſtium ſigna habens, poſtea fortuito caſu, vel per ipſius teſtatoris operam lino toto vel plurima ejus parte inciſa, in ambiguitatem incidit: ſolitum ei praebemus remedium, ſancientes ſi quidem teſtator linum vel ſignacula inciderit, vel abſtulerit, utpote ejus voluntate mutata, teſtamentum non valere. Sin autem ex alia quacunque cauſa hoc contigerit: durante teſtamento, ſcriptos heredes ad hereditatem vocari: maxime cum noſtra conſtitutio, quam pro tuitione teſtamentorum promulgavimus, teſtatorem diſpoſuerit vel ſua manu nomen heredis ſcribere, vel ſi imperitia litterarum, vel adverſa valetudine ſeu alio modo hoc facere non poſſit, teſtes ipſos audito nomine heredis ſub praeſentia teſtatoris nomen heredis ſuis ſubſcriptionibus declarare. L. 22. §. 3. Qui teſtam. fac. poſſ. Si ſigna turbata ſint ab ipſo teſtatore, non videtur ſignatum. Es wird in L. 30. C. ein Unterſchied gemacht, ob von ohngefähr, oder mit Vorſatz, die Siegel und Hülle zerbrochen, zerriſſen, zerſchnitten ſind. Im erſtern Falle bleibt das Teſtament gültig. Der Grund, der deshalb angeführt wird, ſoll ſagen, daß wenn auch die Siegel und Decke zerriſſen ſind, dennoch nicht leicht eine Ungewißheit oder ein Betrug in Anſehung der Erbeinſetzung vorkommen könne, weil der Teſtirer den Namen des Erben eigenhändig ſchreiben, oder ihn vor den Zeugen ausſprechen müſſe. Dies hat Iuſtinian zwar hernach geändert. Die Verordnung unſerer Stellen bleibt aber dennoch, weil der angeführte

Grund nicht der einzige iſt, wie das Wort maxime anzeigt.

§. 920. Man muß allemal das Zerreiſſen und Beſchädigen des Teſtaments, ſo mit Vorſatz und Ueberlegung geſchieht, von dem unterſcheiden, wo man aus Verſehen gehandelt. Das erſtere hebt die Verordnung auf. Geſezt, daß auch ein im Teſtament beſtättigter Codicill. eine Verordnung enthalte, den der Teſtirer wieder mit Fleiß durchſtrichen; ſo gilt dieſe nicht, obgleich die Beſtättigung im Teſtamente noch da ſteht. L. 1. §. 5. de his quae in teſt. del. Si quis codicillos in teſtamento confirmavit, et codicillis aliquid adſcripſit, non delevit ita, ut appareat; an debeatur? Et Pomponius ſcribit, codicillos deletos non valere.

§. 921. Das leztere ſchadet dem Teſtamente nicht, wenn man den Inhalt nur noch herausbringen kann. L. 1. pr. de his quae in teſtam. del. Quae in teſtamento legi poſſunt, ea inconſulto deleta et inducta nihilominus valent: conſulto, non valent. Id vero, quod non juſſu domini ſcriptum, inductum, deletumve eſt, pro nihilo eſt. *Legi* autem ſic accipiendum: non intelligi: ſed oculis perſpici, quae ſunt ſcripta. Caeterum ſi extrinſecus intelliguntur, non videbuntur legi poſſe. Sufficit autem, ſi legibilia ſunt. *Inconſulto deleta*, ſive ab ipſo, ſive ab alio, ſed nolentibus: *inducta* accipiendum eſt, et ſi perducta ſint. Inducta et perducta ſind durchſtrichene Stellen. Inconſulto deleta ſind wider Willen ausgelöſchte Stellen. Vlpian ſcheint bey Beſchädigungen, ſo wider Willen geſchehen, nur dann noch die Gültigkeit beybehalten zu haben, wenn durch das Geſicht der Inhalt noch herausgebracht werden kann, nicht aber, wenn ſolches wegfällt, jedoch anderer Beweis über den Inhalt vorhanden iſt. Jedoch

hat Vlpian dieſe Meynung bald drauf dahin einge- ſchränkt, daß nur bey ſolchen Teſtamenten, die noch nicht ganz zu Ende gebracht ſind, die unverſehene Beſchädigung alsdenn eine Ungültigkeit mache, wofern das Geſicht den Inhalt nicht mehr giebt, jedoch bey ſchon beendigten Teſtamenten, muß jeder anderer Beweis des Inhalts ſtatt finden, auf welchen Unterſchied auch ſehr dringt Cheſi Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 718. L. 1. §. 2. de his quae in teſtam. del. Sed ſi legi non poſſunt, quae inconſulto deleta ſunt, dicendum eſt, non deberi. Sed hoc ita demum, ſi ante conſummationem teſtamenti factum eſt.

§. 922. Uebrigens iſt es einerley, ob nur ein Theil der Verordnung von ohngefähr durchſtrichen und ausgelöſcht worden, oder ob ſolches dem ganzen Teſtament begegnet iſt. Denn wenn auch das ganze Teſtament verunglückt wäre, ſo gilt doch deſſen erwieſener Inhalt noch. L. 1. §. 3. de his quae in teſt. del. Sed conſulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur: inconſulto vero, non repelluntur: ſive legi poſſunt, ſive non poſſunt: quoniam ſi totum teſtamentum non exſtet, conſtat valere omnia, quae in eo ſcripta ſunt. Et ſi quidem illud concidit teſtator, denegabuntur actiones. Si vero alius invito teſtatore, non denegabuntur. Man ſieht aus dieſer Stelle, daß die Real-Revocation der Teſtamente nicht ipſo jure des Erben Rechte aufhebt, ſondern ſolche nur ope exceptionis wider denſelben würkt. A. Faber will Err. pragm. D. 39. E. 7. totum teſtamentum exſtat geleſen haben, da denn ein ganz anderer Sinn herauskommen würde.

§. 923. Iſt von ohngefähr das ganze Teſtament bey Leben oder nach dem Tode des Erblaſſers verlohren gegangen, ſo gilt dasjenige noch, was darin geſtan-

den, wenn ausgemacht, daß es mit gehöriger Form errichtet, wider Willen des Erblaſſers von Abhanden gekommen, und was würklich deſſen Inhalt war. Iſt es alſo nach ſchon geſchehener Publication, da der Inhalt nun auf öffentlicher Glaubwürdigkeit beruhet, verlohren gegangen; ſo iſt eigentlich nichts verlohren. L. 2. C. de teſtam. Publicati ſemel teſtamenti fides, quamvis ipſa materia, in qua primum a teſtatore ſcriptum relictum fuit, caſu, qui probatur, intercidit, nihilo minus valet. L. 11. eod. Non idcirco minus jure factum teſtamentum ſuas obtinet vires, quod poſt mortem teſtatoris ſubtractum probatur.

§. 924. Wenn die Durchſtreichung vor Vollendung des Teſtaments geſchehen, ſo gelten die ausgeſtrichnen Stellen ipſo jure nicht. Iſt ſie nach der Vollendung erfolgt, ſo fallen ſie ope exceptionis weg. Jenes ſagt L. 1. pr. ſq. de his quae in teſt. del. dieſes L. 1. §. 3. eod.

§. 925. Wenn es bey Durchſtreichung im Teſtamente nur auf einige Perſonen abgeſehen geweſen, jedoch aus Verſehen alle Namen unter den Strich gekommen, ſo gilt die Aufhebung nur in Anſehung der Perſonen, denen ſie zugedacht war. L. 2. de his quae in teſt. del. Cancellaverat quis teſtamentum vel induxerat, etſi propter vnum heredem facere dixerat. Id poſtea teſtamentum ſignatum eſt. Quaerebatur de viribus teſtamenti, deque portione ejus, propter quem ſe cancellaſſe dixerit. Dicebam ſiquidem unius ex heredibus nomen induxerat, ſine dubio caeteram partem teſtamenti valere, et ipſi ſoli denegari actiones. Sed legata ab eo nominatim relicta debebuntur, ſi voluntas ea fuit teſtatoris, ut tantum heredis inſtitutio improbetur

tur. Sed ſi inſtituti nomen induxit et ſubſtituti reliquit: inſtitutus emolumentum hereditatis non habebit. Sed ſi omnia nomina induxerit: (ut proponitur) adſcripſerit autem, idcirco ſe id feciſſe, quia unum heredem offenſum habuit: multum intereſſe arbitror, utrum illum tantum fraudare voluit hereditate, an vero, cauſa illius, totum teſtamentum infirmare: vt licet vnus inductionis cauſam praebuerit: verum omnibus offuerit. Et ſi quidem ſoli ei ademtam voluit portionem, caeteris nihil nocebit inductio. Non magis, quam ſi volens unum heredem inducere invitus et alium induxerit. Quodſi putaverit totum teſtamentum delendum ob unius malum meritum, omnibus denegantur actiones. Sed an legatariis denegatio actio debeat quaeſtio eſt. In ambiguo tamen interpretandum erit, et legata deberi et coheredum inſtitutionem non eſſe infirmandam. Statt: Sed ſi inſtituti nomen etc. inſtitutus emolumentum etc. lieſt Cujac. Sed ſi inſtituti nomen etc. ſubſtitutus emolumentum etc. weil wegen des Inſtituti keine Frage, aber der Subſtitut wegfalle, indem der Fiſcus ſolchem vorgehe, derſelbe alſo vom Legatario darin unterſchieden. Statt etſi propter unum lieſt Ienſ. Strictur. p. 184. et ſe id. Beyde Critiken ſind zu verwerfen. Die lezte iſt nicht nöthig. Die erſte iſt es ebenfalls nicht, und giebt überdem einen Gedanken, der nicht zu billigen iſt. Der Fiſcus kann hier an ſich keinen Antheil haben.

§. 926. Bey Durchſtreichung der Namen wurde, wenn es die Umſtände zu wollen ſchienen, das, was dem Ausgeſtrichenen entzogen war, vom Fiſcus hingenommen, und der Ausgeſtrichene deſſen, als ein Unwürdiger beraubt. Ohne dazu leitende Umſtände entſteht blos cauſa inteſtati. Bey Legatis geſchieht das nie; denn dieſe behält allemal der Erbe, wenn ſie der Erblaſſer ausgeſtrichen. L. 1. §. 3. de his quae in teſt. del.

§. 927. Die Zerreiſſung des Teſtaments bringt ebenfalls cauſam inteſtati hervor. L. vn. §. 8. Si tab. teſt. null. exſt. L. fin. de his quae in teſt. del. L. fin. de injuſt. rupt. wenn nicht des unwürdig machenden Durchſtreichens wegen das Aufreiſſen der Verſiegelung geſchehen, L. 16. §. fin. de his quae ut indign. L. 3. de his quae in teſt. del.

§. 928. Der Fiſcus zahlte, wenn ihm das Ausgeſtrichene zufiel, die Legata, die dem ausgeſtrichenen Erben oblagen. War ein Subſtitut vorhanden, ſo gieng dieſem der Fiſcus vor. Hierauf zielte nach Cujacii Meynung unſere zulezt extendirte Stelle. Daher er ſtatt: Sed ſi inſtituti nomen induxit, et ſubſtituti reliquit: inſtitutus, beſſer: Sed ſi reliquit: Subſtitutus geleſen haben will. Verum omnibus ſteht ſtatt: attamen omnibus.

§. 929. Nur die Durchſtreichung, ſo nach Vollendung des Teſtaments geſchieht, giebt unterweilen die Verlaſſenſchaft dem Fiſcus. Die vorhergeſchehene hat dieſe Wirkung nicht, L. 2. de his quae in teſt. del.

§. 930. Was von ohngefähr durchſtrichen iſt, wird alſo dadurch nicht ungültig. Geſezt der Teſtirer hätte auch am Ende des Teſtaments angemerkt, daß das Durchſtreichen von ihm herrühre, ſo würde doch dieſe Clauſel nur von denjenigen Stellen zu verſtehen ſeyn, die er mit Vorſatz durchſtrichen. Die übrigen werden nach wie vor nach der Art von ohngefähr durchſtrichener Stellen zu beurtheilen ſeyn. L. 1. §. 1. de his quae in teſt. del. Quod igitur incaute factum eſt, pro non facto eſt, ſi legi potuit. Et ideo et ſi noviſſime (ut ſolet) teſtamento fuerit adſcriptum: *lituras, inductiones, ſuperinductiones ipſe feci:* non videbitur referri ad ea, quae inconſulto contigerunt. Proinde et ſi

incon-

inconſulto ſuperſcripſit, induxiſſe ſe: manebunt. Et, ſi ademit, non erunt ademta. Statt: induxiſſe ſe, wollte ich lieber: induxitve leſen.

§. 991. Weil eine mit Ueberlegung geſchehene Zerreiſſung, Durchſtreichung, Vernichtung erfordert wird, wo die Verordnung dadurch aufgehoben werden ſoll; ſo iſt begreiflich, daß, wenn der Teſtirer in der Folge ſeines Verſtandes beraubt geweſen, oder in dieſem Zuſtande das Teſtament beſchädiget hat, ſolches deſſen Gültigkeit nicht in Gefahr ſetze. L. 20. de Iniuſt. rupt. irrit. Lucius Titius integra mente et valetudine teſtamentum fecit, vti oportet. Poſtea cum in valetudinem adverſam incidiſſet, mente captus tabulas easdem incidit. Quaero, an heredes his tabulis inſtituti, adire poſſint hereditatem? Reſpondit: ſecundum ea quae proponerentur, non ideo minus adire poſſe.

§. 992. Bey vorſätzlicher Zernichtung des ganzen Teſtaments, kommt es darauf an, ob der Teſtirer mehrere Exemplare deſſelben ausgefertigt liegen hatte, oder nicht. Im leztern Falle iſt die Aufhebung des lezten Willens auſſer Zweifel. Im erſtern hingegen iſt dieſe Aufhebung nicht anzunehmen, wenn nicht der Wille dazu erweißlich und erſichtlich iſt. L. 4. de his quae in teſt. del. Pluribus tabulis eodem exemplo ſcriptis, vnius teſtamenti voluntatem eodem tempore dominus ſolenniter complevit. Si quasdam tabulas in publico depoſitas abſtulit atque delevit: quae jure geſta ſunt praeſertim cum ex caeteris tabulis, quas non abſtulit, res geſta declaretur, non conſtituentur irrita. *Paulus notat:* Sed ſi, vt inteſtatus moreretur incidit tabulas: ſed hoc approbaverint hi, qui ab inteſtato venire deſiderant: ſcriptis avocabitur hereditas. Approbaverint, ſtatt: probaverint, wenn die Inteſtaterben den

Beweis beybringen können, daß dies die Abſicht geweſen.

§ 933. Iſt nur in Anſehung eines der Erben eine Real-Revocation geſchehen, ſo iſt nur dieſer der Erbſchaft beraubt. Die übrigen bleiben. Dies lehren ſchon die vorhin vorgekommenen Geſetze. Es wird aber beſonders beſtärkt durch L. 2. §. 1. de condit. inſtit. Sed ſi duo ſervi ita ſint heredes inſtituti: *Primus et ſecundus, ſi mei erunt, cum moriar, liberi et heredes ſunto,* et alter ex his ſit alienatus: Celſus recte putat, ſic accipiendum atque ſi ſingulos ſeparatim ſub eadem conditione heredes inſtituiſſet.

§. 934. Iſt ein Teſtament durch die vom Erblaſſer geſchehene Eröfnung, wobey die Siegel verletzet werden müſſen, und wodurch alſo eine Real-Revocation geſchehen, ſeiner Gültigkeit beraubt, ſo hindert nichts, warum es nicht mit nochmaliger Form eines neuen Teſtaments bekräftiget, und wieder in vorigen Stand geſezt werden könne. Ohne ſolche Form kann es freylich nicht wieder gültig werden. L. 23. qui teſtam. fac. poſſ. Si teſtamentum, quod reſignaverat teſtator, iterum ſignatum fuerit ſeptem teſtium ſignis, non erit imperfectum, ſed vtroque iure valebit, tam civili, quam praetorio.

Zwey-

Zweyter Abſatz.

Ungültigkeit durch Veränderung bey den Pflichttheils Berechtigten.

§. 935. Veränderung durch Geburt übergangener Kinder. §. 936. Fall da der Teſtirer in die Kriegsgefangenſchaft geräth, wenn er ſtirbt, und ihm ein Kind gebohren wird. §. 937. Da das Kind der Mutter aus dem Leibe geſchnitten wird. §. 938. Veränderungen, die der nachherigen Geburt der Kinder ähnlich. §. 939. Veränderung durch Wiedererlangung der väterlichen Gewalt, die aufgehört hatte. §. 940. Durch Adoption. §. 941. Durch Eintretung des Enkels an des Sohnes Stelle. §. 942. Von Wiedererlangung der väterlichen Gewalt, welche durch Kriegsgefangenſchaft verlohren worden. §. 943. Durch Monſtra entſteht keine Ruption des Teſtaments. §. 944. Aber durch Portenta. §. 945. Ob das Kind einen Laut von ſich gegeben haben müſſe. §. 946. Ob die Ruption weg falle, wenn das Kind nach völliger Geburt wieder verſtorben. §. 947. Von der bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas in dieſem Falle. Ob ſie in dergleichen Fällen cum oder ſine re ſey.

§. 935.

Der andere Fall, wo auch das Teſtament in der Folge ungültig, und ruptum genannt wird, iſt der, da nach dem Teſtament mit den Kindern oder andern Veränderungen vorgehen, welche machen, daß nun das Teſtament nicht ferner beſtehen kann. Dahin gehört, wenn ein Kind, ſo im Teſtament noch nicht erwähnt worden, und nicht übergangen werden kann, nach der Zeit des gemachten Teſtaments gebohren wird. Waſmuth de teſtam. per agnat. poſtum. rupto ſed jure praet. reſtit. L. 1. C. de poſtum. Si poſt teſtamentum factum, quo poſthumorum ſuorum nullam mentionem teſtator fecit, filium filiamve ſuſcepit, inteſtato vita functus eſt:

cum agnatione poſthumi, vel poſthumae, cujus non meminit, teſtamentum ruptum ſit. Ex rupto autem teſtamento nihil deberi, neque peti poſſe, explorati juris eſt. Vlpian. tit. 22. §. 19. Poſtumi quoque liberi cujuscunque ſexus omiſſi, quod valuit, teſtamentum agnatione rumpitur.

§. 936. Wenn dem Erblaſſer, der bey der Kriegsgefangenſchaft ſeine Frau ſchwanger verlaſſen, während derſelben ein Kind gebohren iſt, ſo iſt das Teſtament ſogleich ungültig. Denn ſtirbt er in der Gefangenſchaft, ſo iſt das Kind als nach ſeinem Tode gebohren anzuſehen; kommt er davon los; ſo iſt das Kind bey ſeinem Leben gebohren. L. 15. de injuſt. rupt. irrit. teſt. Qui uxorem praegnantem habebat, in hoſtium poteſtatem pervenit. Quaero, filio nato quo tempore teſtamentum in civitate factum rumpatur? Et ſi filius ante moriatur, quam pater, an ſcripti heredes hereditatem habituri ſint? Reſpondi: Non puto dubium eſſe, quia per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum teſtamentis, qui in hoſtium poteſtate deceſſiſſent lata eſt, nato filio, continuo ejus teſtamentum, qui in hoſtium poteſtate ſit, rumpatur. Sequitur ergo ut ex teſtamento hereditas ad neminem perveniat. A. Faber Conject. L. 10. C. 9. lieſt: poſt legem Corneliam. Wenn dieſes Geſetz und das jus poſtliminii nicht wären, ſo würde bey der Gefangenſchaft das Teſtament als irritum anzuſehen ſeyn, könnte alſo durch die Geburt eines Kindes nicht ruptum werden. Weil aber die fictio poſtliminii, die Ungültigkeit aufrecht erhält, und L. Corn. den Tag des Todes mit dem Tage der Gefangenſchaft verbindet; ſo iſt eine ruptio ex agnatione vorhanden, wenn der Fall, des L. Corn. oder des juris poſtlimini eintritt. Stirbt der Sohn nach dem Vater, ſo fällt die Erbſchaft an jenen, weil das Teſtament rumpirt iſt, und der Poſtumus Cornelia-

nelianus iſt als ein Aquillianus anzuſehen. Stirbt er aber vor dem Vater, ſo bekommt nach meiner Meynung weder Teſtaments- noch Inteſtat-Erbe etwas. Jener nicht, quia ruptio per nativitatem ſtatim facta. Dieſer nicht, weil das Kind vor des Vaters Tode nicht erben können, und ein anderer ſich auch nicht dazu qualificirt. Es gehört, ſegt er, die Erbſchaft ad fiſcum, wegen des ehemals in der Inteſtat-Erbſchaft mangelnden Edicti ſucceſſorii. L. 22. §. 1. de capt. et poſtl. und dies ſollen die Worte lehren: Sequitur ergo, ut ex eo teſtamento hereditas ad neminem perveniat. A. Faber l. c. cap. 10. Allein der Sinn dieſer Worte geht offenbar nur auf die Teſtaments-Erben. Es iſt nicht abzuſehen, warum ſich kein Inteſtat-Erbe hier qualificire, und L. 22. §. 1. de capt. et poſtl. iſt hier nicht anzuwenden. Ob aber nicht bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas aus L. 12. de in juſt. rupt. irrit. auch hier ſtatt finde, diſputirt A. Faber l. c. cap. II. und leugnet es. Iavolen habe vor Hadrian gelebt, und von Hadr. Verordnung in L. 12. inſtit. wiſſen können. Iulian aber habe ſie wiſſen müſſen, und L. 22. §. 4. dennoch Iavolens Meinung angenommen. Allein Iavolen iſt nach dem neuern Rechte zu ſuppliren, und Iulian redet vom bürgerlichen Rechte, ohne die prätoriſche Hülfe auszuſchlieſſen. v. d. Poll. de exhered. et praeterit. C 15. will ohne Grund keine poſtumos Cornelianos paßiren laſſen, ſondern hält der ausdrücklichen Worte des Iavolen ohnerachtet, den hier vorkommenden poſtumus für einen Vellejanus.

§. 937. Der Geburt iſt gleich zu achten, wenn auch das Kind aus Mutterleibe geſchnitten worden. L. 12. pr. de lib. et poſtum. Quod dicitur filium natum rumpere, teſtamentum, natum accipe, et ſi exſecto ventre editus ſit. Nam et hic rumpit teſtamentum, ſcilicet, ſi naſcatur in poteſtate.

§. 938. Ferner gehören hieher andere Veränderungen, woraus ebenfalls die Folge entſteht, daß ſolche, die im Teſtament erwähnt werden müſſen, ob ſie gleich damals, als das Teſtament gemacht wurde, noch nicht in der Lage waren, daß man ſich ihrer erinnert hätte, übergangen ſind, dieſe aber nunmehro in ſolch Verhältniß gegen den Erblaſſer gekommen, welche eine Erwähnung erfordert. Vlp. Tit. 23. §. 3. Agnaſcitur ſuus heres aut agnaſcendo, aut adoptando, aut in manum conveniendo, aut in locum ſui ſuccedendo: velut nepos, mortuo filio, vel emancipato: aut manumiſſione, id eſt, ſi filius ex prima ſecundave mancipatione manumiſſus, reverſus ſit in patris poteſtatem. L. 8. pr. de injuſt. rupt. irrit. teſt. Verum eſt adoptione vel arrogatione, filii filiaeve teſtamentum rumpi, quoniam ſui heredis agnatione ſolet rumpi. Die Annehmung an Kindes Statt, welche eine adoptio plena iſt, ahmt der würklichen Erzeugung nach, und macht, wie dieſe, ein teſtamentum ruptum. Die in manum conventio kommt bey Weibern vor, die man durch Confarreation etc. heyrathete. Dieſe wurden nun als liberi ſui des Mannes angeſehen. Wenn der Sohn ſtarb, oder emancipirt wurde, und nun der Enkel, nach gemachtem Teſtamente, als des Großvaters unmittelbarer Erbe eintrat; ſo war wieder eine ruptio vorhanden, wofern des Enkels auf dieſem Falle im Teſtament nicht gedacht war. Hatte der Vater ſeinen Sohn zum erſten oder zweyten Mahle an den Fiduciarius verkauft, dieſer aber ihn noch nicht wieder manumittirt, ſo war er in der Zeit kein ſuus, und der Vater konnte, wenn er zu ſolcher Zeit ein Teſtament machte, ihn übergehen. Sobald der Sohn aber, nach der Zeit des errichteten Teſtaments, von dem Fiduciar freygelaſſen wurde, fiel er an ſeinen Vater zurück, wurde wieder ein ſuus, und nun war das

das Teſtament, darin er nicht erwähnt worden, ungültig.

§. 939. Weil die emancipation eines Sohnes einen dreyfachen, einer Tochter oder eines Enkels aber, nur einen einfachen Verkauf erforderte, ſo iſt darnach zu erklären und zu verbeſſern L. 8. §. 1. de injuſt. rupt. irrit. teſt. Filia cum emancipatur, vel nepos, quia una emancipatione exeunt de poteſtate, teſtamentum rumpunt. Es muß heiſſen non rumpunt. Wenn eine Tochter oder ein Enkel einmal verkauft iſt; ſo kann man ſicher ein Teſtament machen, ohne ihrer darin zu erwähnen. Sie werden durch die vom Käufer erhaltene manumiſſion nie wieder liberi ſui ihres Vaters. A. Faber conject. L. 10. C. 15. verſteht die Stelle von dem Falle, da noch nicht einmal die erſte emancipation geſchehen, und die Kinder zu Erben ernannt ſind, und meynt, daß, wenn auch der Sohn inſtituirt, hernach aber emancipirt worden, ſo falle das Teſtament in Ungültigkeit. Da dies aber allen übrigen Grundſätzen zuwider, und von einer Inſtitution der Kinder hier nichts erwähnt wird, ſo iſt unſere Cujacianiſche Erklärung vorzuziehen.

§. 940. Beſonders der Adoption erwähnt §. 1. I. quib. mod. teſt. infirm. Rumpitur autem teſtamentum, cum, in eodem ſtatu manente teſtatore, ipſius teſtamenti jus vitiatur. Si quis enim poſt factum teſtamentum adoptaverit ſibi filium per Imperatorem eum, qui eſt ſui juris, aut per praetorem, ſecundum noſtram conſtitutionem, eum, qui in poteſtate parentis fuerit: teſtamentum ejus rumpitur, quaſi agnatione ſui heredis. Caji Inſt. L. 2. tit. 3. §. 3. Si quis poſt factum teſtamentum adoptaverit apud populum illum, qui ſui juris eſt, hoc eſt, qui patrem non habet, aut apud praetorem illum adoptaverit, qui in poteſtate

pa-

patris eſt, quaſi ei filius natus ſit, ita ejus rumpitur teſtamentum. Die Arrogatio geſchahe per Reſcriptum principis, und gab allemal die völligen Rechte der Suitaet. Die Adoptio in ſpecie ſic dicta that es nach Iuſtinians Verordnung (ſecundum noſtram conſtitutionem) nur, wenn der Großvater den Enkel an Sohns ſtatt annahm. Aus der Vergleichung der Stelle der Inſtitutionen mit dem Cajus ſieht man, wie die Verfaſſer deſſen Worte nach Iuſtinians Zeiten umgeändert haben. Ob zu Caji Zeiten die arrogatio noch apud populum geſchehen, oder ob Cajus nur die Formel des Alterthums beybehalten, iſt zweifelhaft.

§. 491. Von dem Eintreten des Enkels an des Sohns Stelle inſonderheit redet L. 2. C. de lib. praeter. Si avus tuus, qui patrem tuum, vel novercam aequis portionibus heredes inſtituit, cum te quoque haberet in poteſtate, teſtamento nominatim non exheredavit: mortuo patre tuo vivo avo, ſine impedimento legis Vellejae ſuccedendo in patris tui locum, rupiſti avi teſtamentum, et ad te hereditas ejus tota pertinuit. Der Fall dieſer Stelle iſt der, wovon das zweyte Kapitel des L. Iun. Vellej. handelte. Sine impedimento legis Vellejae, heiſt, obgleich L. Iun. Vell. von dieſem Falle redet, und in ſolchem dafür geſorgt hat, daß man deſſen ohnerachtet gültig teſtiren könne; ſo hilft dieſe Fürſorge hier doch nicht, weil die Bedingung des Geſetzes nicht erfüllt worden, daß der Enkel zum Erben ernannt oder enterbt werde.

§. 942. Eine agnatio civilis iſt nicht anzunehmen, wenn ein zur Zeit des Teſtaments vorhanden geweſener Suus, hernach in die Kriegsgefangenſchaft geräth, aber einige Zeit nachher davon befreyt wird, und in des Vaters Gewalt zurückkehrt. Iſt daher ein ſolcher Suus

zu Erben ernannt oder gehörig enterbt, ſo macht die mit ihm nach der Zeit vorgegangene Veränderung keine Ruption. Eben dies gilt, wenn der Vater einen Suum enterbt, oder ernannt hat, hernach aber ſolcher in die Kriegsgefangenſchaft gerathen iſt, und alſo die väterliche Gewalt wieder erlangt hat. In ſolchem Falle bleibt das Teſtament, ſo er gemacht hat, unerſchüttert. L. 9. de injuſt. rupt. irrit. teſt. Si pater ab hoſtibus capiatur, filio manente in civitate: reverſo eo, non rumpitur teſtamentum. L. 10. eod. Sed nec filius poſtliminio rediens rumpit patris teſtamentum, ut Sabinus exiſtimavit. Es wird nemlich angenommen, als wenn der Suus oder der Vater nie eine Veränderung erlitten hätte.

§. 943. Wenn würklich ein Kind nach gemachtem Teſtamente gebohren wird, ſo entſteht nur alsdenn eine ruptio durch ſolche Geburt, wofern das Kind keine Mißgeburt oder Monſtrum iſt. L. 3. C. de poſtum. Quod certatum eſt apud veteres, non decidimus. Cum igitur, qui in ventre portabatur, praeteritus fuerat, qui, ſi ad lucem fuiſſet redactus, ſuus heres patri exiſteret, ſi non alius eum antecederet, et naſcendo ruptum teſtamentum faceret: ſi poſthumus in hunc quidem orbem devolutus eſt, voce autem non emiſſa, ab hac luce ſubtractus eſt, dubitabatur, ſi is poſthumus ruptum facere teſtamentum poſſet? (Et) veterum animi turbati ſunt, quid de paterno elogio ſtatuendum ſit. Cumque Sabiniani exiſtimabant, ſi vivus natus eſſet, etſi vocem non emiſit, rumpi teſtamentum, apparetque, quod, etſi mutus fuerat, hoc ipſum faciebat: eorum etiam nos laudamus ſententiam, et ſancimus, ſi vivus perfecte natus eſt, licet illico, poſtquam in terra cecidit, vel in manibus obſtetricis deceſſit: nihilominus teſtamentum rumpi, hoc tantummo-

do requirendo ſi vivus ad orbem totus proceſſit ad nullum declinans monſtrum aut prodigium. Weil ein monſtrum die Rechte eines Menſchen nicht hatte, und nicht unter die Kinder gezählt wurde, als nur, wenn von Vermeidung der Strafen der Kinderloſigkeit die Rede war; ſo folgt natürlich, daß durch ſolches keine Ruption des Teſtaments geſchehen konnte.

§. 944. Wenn ſonſt die Geburt Mängel hat, ſo ſchade es nicht. Es iſt dennoch ein würklicher Menſch, wiewol von unvollkommenem Körper. L. 12. §. 1. de lib. et poſtum. Quid tamen ſi non integrum animal editum ſit, cum ſpiritu tamen, an adhuc teſtamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit. Es iſt merkwürdig, daß hier das Kind animal genannt wird.

§. 945. Ein anderer L. 3. C. de Poſtum. vorkommender Satz iſt ebenfalls merkwürdig. Die Sabinianer hatten behauptet, daß ein Kind, welches zwar lebendig zur Welt gekommen, aber, ohne einen Laut von ſich zu geben, ſofort wieder geſtorben war, dennoch die Rechte eines Kindes durch ſeine Geburt erlangt habe. Die Proculejaner hatten ihnen widerſprochen. Iuſtinian entſcheidet für die Sabinianer. Es iſt eine von den 50. Entſcheidungen, die auch Merill. mit erklärt hat.

§. 946. Das Kind ſoll ganz aus Mutterleibe herausgekommen ſeyn. Iſt es vor der Geburt oder in derſelben geſtorben, ſo wird es nicht gerechnet. Iſt daher ein Kind lange nach der Geburt, und nach dem es ſchon durch die Stimme Zeichen des Lebens gegeben, erſt verſtorben, ſo bleibt das Teſtament um ſo mehr ungültig, und erhält auch, nach dem bürgerlichen Rechte, ſeine ehemalige Gültigkeit durch dieſen Tod nicht wieder.

L. 2. C. de poſthum. Vxoris abortu teſtamentum mariti non ſolvi: poſthumo vero praeterito, quamvis natus illico deceſſerit, non reſtitui ruptum, juris evidentiſſimi eſt.

§. 947. Daß auch ein Teſtament, ſo ungültig geworden, nach dem Abſterben ſolcher Kinder, welche es ungültig gemacht, ſeine Gültigkeit, nach dem prätoriſchen Rechte wieder erlange, lehrt die oben vorgekommene Stelle des Vlpian Tit. 23. §. 6. Buſſer de reviviſcentia teſtamentor. Solches beſtärkt nicht weniger L. 12. pr. de injuſt. rupt. irrit. teſt. Poſthumus praeteritus vivo teſtatore natus deceſſit. Licet juris ſcrupuloſitate nimiaque ſubtilitate teſtamentum ruptum videatur, attamen ſi ſignatum fuerit teſtamentum, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere heres ſcriptus poteſt, remque obtinebit, vt et divus Hadrianus et Imperator noſter reſcripſerunt. Idcirco (que) legatarii et fideicommiſſarii habebunt ea, quae ſibi relicta ſint, ſecuri. Idem et circa injuſtum et irritum teſtamentum erit dicendum, ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato auferre poſſit. Imperator noſter iſt hier Caracalla. A. Faber Conject. L. 9. c. 15. erklärt aber die bonorum poſſeſſionem ſecund. tab. welche beym Abſterben eines zur Zeit des Teſtaments ſchon gebohrnen Kindes, ſo vor dem Vater ſtirbt, ſtatt findet, ganz richtig nur für eine bonorum poſſeſſ. ſine re dergeſtalt, daß die Inteſtat-Erben die Erbſchaft dem bonorum poſſeſſori noch immer abfordern können. Die bonorum poſſeſſio ſecund. tab., welche bey entſtandenen und übergangenen poſtumis, die bey Leben des Erblaſſers wieder geſtorben, gebraucht worden, iſt, wie er lehrt, ebenfalls ſine re geweſen, bis ſie erſt K. Hadrian in poſſeſſionem cum re verwandelt, und der Inteſtat-Erben Rechte aufgehoben. Die Worte: Idem et circa injuſtum etc.

erklärt er dahin, daß bey einem von Anfange wegen Uebergehuug eines Sui ungültigen Teſtament, wenn dieſer bey Leben des Erblaſſers verſtürbe, zwar nicht bonorum poſſeſſio cum re ſtatt habe, jedoch der im Teſtament ernannte Inteſtat-Erbe, der nun ab inteſtato die Erbſchaft beſitzt, die Legata bezahlen müſſe, weil hier eben der Grund, wie L. 17. de injuſt. rupt. irrit. vorhanden ſey. Der Inteſtat-Erbe allein behalte in dieſem Falle die Erbſchaft, ein Fremder nicht. Jener könne bonorum poſſeſſionem ſine re agnoſciren, er behalte die Erbſchaft, weil kein näherer Inteſtat-Erbe vorhanden, der die Erbſchaft entwähren könne; es ſey aber die Annehmung der bonorum poſſeſſionis nicht nöthig. Die Legata blieben auf alle Fälle bey Kräften. cf. Ej. Error. pragm. Dec. 13. c. 3. Daß die Legata bleiben, wenn auch die Inteſtat-Erben bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas nicht annehmen, leugnet Cheſi mit Grunde, weil davon das Geſetz nichts hat Iurispr. R. A. Tom. 2. p. 34. ſq. Die übrigen Bemerkungen des A. Faber ſind richtig. Wenn auch ein Teſtamentum irritum jure praetorio wieder gültig wird, weil ſich der Stand des Erblaſſers wieder verbeſſert hat: ſo iſt das ebenfalls nicht anders zu verſtehen, als daß darnach b. p. ſecundum tabulas ſine re bey einem Fremden, cum re bey Inteſtat-Erben ſtatt habe. L. pen. §. 1. de b. p. ſec. tab. wogegen A. Faber irrt, wenn er bey der aufgehörten cap. dim. minim., und der vom Erblaſſer geäuſſerten Geſinnung für die Gültigkeit des Teſtaments, eine würkliche Gültigkeit des Teſtaments annimmt Err. pragm. D. 39. E. 7.

Dritter Abſchnitt.

Teſtamentum deſtitutum.

§. 948. Fälle des teſtamenti deſtituti.

§. 948.

Das Teſtament verliert ferner ſeine vom Anfang gehabte Gültigkeit, wenn der Erbe vor dem Erblaſſer ſtirbt, die Bedingung des Teſtaments nicht zur Würklichkeit kommt, der Erbe vor deren Erfüllung aus der Welt geht, ſolcher gegen die Zeit, da ihm die Erbſchaft zufallen ſoll, derſelben unfähig geworden, oder er die Erbſchaft nicht annehmen will. In dieſen Fällen wird das Teſtament deſtitutum genannt. Zerpernik diſſ. 2. de teſtam. deſtituti virib. Lauterb. teſtam. deſtit.

Erſtes Membrum.

Edict: Si quis omiſſa Cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideat hereditatem.

§. 949. Es entſteht auch durch Losſagung des Teſtaments Erben von der Teſtaments-Erbſchaft, die ohne Gefährde geſchieht. §. 950. Aus vernünftigem Grunde oder nach gegebener Erlaubniß des Erblaſſers. §. 952. Aus Furcht vor Streit über das Teſtament. §. 952. Bey offenbarer Ungültigkeit deſſelben. §. 953. Nach beſonders von der durch den Erblaſſer dem Erben überlaſſenen Freyheit der Losſagung (§. 975.) §. 984. Die aus Gefährde geſchehene Losſagung der Inteſtat-Erben vom Teſtamente ſchadet den Legatarien nicht. §. 955. Bei Kindern des Erblaſſers, die ſich losſagten, galt eben das. §. 956. Auch, wenn

ſie eines Emancipirten wegen bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas annahmen. §. 957. Alle haften den Legatarien, die aus irgend einem Beerbungs-Grunde die Erbſchaft ſich anmaſſen, nachdem ſie ſich vom Teſtamente losgeſagt. §. 958. Auch der Patron, der ſich von des Freygelaſſenen Teſtamente losgeſagt, und nun ab inteſtato die Erbſchaft beſizt. §. 959. Wenn er nicht aus rechtmäßigen Urſachen vom Teſtamente abgegangen. §. 990. Auch der Beſitzer der Erbſchaft, die er nach dem Teſtamente nicht haben wollen, welche die nun erbloſen Güter gegen den Fiscus verjährt hatte. §. 971. Auch der Emancipirte, der ſich der b. p. contra tabulas nicht bedient, ſondern ſtatt deſſen mit dem ernannten Erben ſich verſtanden, daß dieſer von dem Teſtamente ſich losgeſagt. §. 962. Auch der Inteſtat-Erbe, welcher die Poteſtativ-Bedingung des Teſtaments nicht erfüllen wollen. §. 963. Auch der ſubſtituirte Erbe, der ſich losſagt, um ab inteſtato zu beſitzen. §. 964. Auch der, welcher mittelbar zum Teſtaments-Erben gemacht iſt. §. 965. z. E. durch ſeinen Knecht, den er die Teſtaments-Erbſchaft anzunehmen gehindert. §. 966. Oder dazu nicht angehalten. §. 967. Oder ihn veräuſſert hat. §. 968. Den beſitzenden Inteſtat-Erben entſchuldigt, daß er von der cauſa teſtati nicht unterrichtet geweſen. §. 969. Ferner haftet der Vater, der Namens des Kindes ſich vom Teſtamente losgeſagt, und cauſa inteſtati gewählt. §. 970. Nicht aber, wenn er bey ſeinem ernannten Sohne die Bedingung der Emancipation nicht erfüllt, und dennoch gemacht, daß der Sohn des Teſtirers Inteſtat-Erbe geworden. §. 971. Der Herr haftet, wenn er ſich von der Inſtitution losſagt, um der Subſtitution ſeines Knechts Platz zu machen. §. 972. Der Vater, wenn er ſich von der Inſtitution losſagt, um der Subſtitution ſeines Sohnes Platz zu machen. §. 973. Nicht der Vater der der Tochter Antretung ex Inſtitutione hindert, und nun aus eigner Subſtitution die Erbſchaft annimmt. §. 973. Nicht der, welcher mit Grund ſich vom Teſtamente losgeſagt, und hernach ohne Gefährde die Güter von den Inteſtat-Erben wieder an ſich gebracht. §. 975. Nicht der, dem der Erblaſſer die Freyheit gegeben, von der Inſtitution ſich loszuſagen (§. 953). §. 976. Es kommt darauf an, daß der von den Legatarien in Anſpruch genommene

Be-

Beſitzer nur noch bey der Einlaſſung auf die Klage den Beſitz gehabt. §. 977. Daß er auch nur einen Theil der Erbſchaft, oder eine gewiſſe Sache davon, beſitze. §. 978. Der, ſo mit Gefährde den Beſitz verlohren, iſt als Beſitzer anzuſehen. §. 979. Jngleichen der, ſo mit Gefährde ſolchen zu erlangen unterlaſſen. §. 980. Der, welcher die Teſtaments-Erbſchaft verkauft hat. §. 988. Auch ein Unmündiger. §. 982. Gegen die, ſo mit Gefährde ſich vom Teſtamente losſagen, behalten auch die Fideicommiſſarien ihren Teſtaments-Anſpruch. §. 983. Auch die Univerſal-Fideicommiſſarien. §. 984. Auch Legata libertatis behalten ihre Kraft. §. 985. Nicht aber mortis cauſa capiones. §. 986. Nicht die Legata, welche ein Miterbe dem andern zahlen ſoll, nachdem ſie beyde vom Teſtamente abgegangen. §. 987. Es ſey denn, daß der Jmplorant, dem die Legata gebühren, keinen Antheil am Beſitz der Erbſchaft genommen. §. 988. Die Klage hat gegen mehrere Perſonen, welche omiſſa cauſa teſtati, ab inteſtato die Erbſchaft zuſammen an ſich genommen, pro rata ſtatt. §. 989. Es ſey denn, daß jedem derſelben beſondere Legata auferlegt worden. §. 990. Die Klage kann auch gegen der Anmaſſer ihre Erben erhoben werden, und währt 30 Jahr. §. 991. Die Legatarien müſſen die Beſchwerden übernehmen, welche der Erblaſſer ihnen auferlegt. §. 992. Auch die Falcidia ſich gefallen laſſen. §. 993. Auch den Abzug des Patrons, dem ſeine gebührende Patronats-Portion durch die Legata gekürzt iſt.

§. 949.

Wenn beſonders der Erbe ſich von der Erbſchaft losſagt, welches omittere, praetermittere, repudiare heiſt, (L. 1. §. 6. Si quis omiſſ. cauſ. teſtat. Praetermittere eſt cauſam teſtamenti, ſi quis repudiavit hereditem) ſo kommt es darauf an, ob ſolches aus Hinterliſt, blos um die Legatarien und andere, die von

 dem

dem Erben etwas bekommen ſollen, darum zu bringen, oder ohne dergleichen böſe Abſicht geſchieht. Nur im leztern Falle wird das Teſtament ganz ungültig, und die Anhänge der Erbeinſetzung fallen, neben derſelben, zugleich hinweg. L. 17. Si quis omiſſ. cauſ. teſtam. Si quis omiſſa cauſa teſtamenti, omnino eam hereditatem non poſſideat, excluduntur legatarii. Nam liberum cuique eſſe debet, etiam lucroſam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt. Sed in fideicommiſſariis hereditatibus id proviſum eſt, vt ſi ſcriptus heres nollet adire hereditatem, juſſu praetoris adeat, et reſtituat, quod beneficium his, quibus ſingulae res per fideicommiſſum relictae ſint, non magis tributum eſt, quam legatariis. Von Fideicommiſſis vniverſalibus verordnete das Senatus conſultum Pegaſianum, daß der Fideicommiſſarius den Fiduciarius zur Annehmung und Herausgabe der Erbſchaft zwingen können. Hier hatte alſo der Fiduciar keine Wahl, von der Erbſchaft ſich loszuſagen, und dadurch die Auflage des Erben zugleich mit ungültig zu machen. Ein anders aber iſt es bey Legatis und Fideicommiſſis ſingularibus. Dieſen zu Gute, war dergleichen Verordnung nicht vorhanden.

§. 950. Beſonders alſo war dem Erben dieſe Freyheit, ſich der Erbſchaft zu begeben, und dadurch das Teſtament zum deſtituto zu machen, überlaſſen, wenn er dazu gute Gründe hatte, oder ihm der Erblaſſer dieſe Erlaubnis ausdrücklich gegeben hatte. L. 6. §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſtam. Plane ſi nominatim id ei permiſit: dicemus, non eum incidere in edictum, quia vſus eſt facultate ea, quam ei teſtator conceſſit. Quod ſi non conceſſit ſpecialiter teſtator omittere, is ordo erit ſequendus, quem Iulianus oſtendit. §. 3. eod. Non ſimpliciter autem pollicitus eſt, ſe daturum actionem, ſed cauſa

cauſa cognita. Nam ſive invenerit teſtatorem hujus rei auctorem eſſe, ipſumque permiſiſſe ab inteſtato ſuccedere, aut, ſi qua alia juſta cauſa omittendi intervenerit, vtique non dabit actionem in eum legatorum. Is ordo erit ſequendus in §. 1. heiſt: denn geht es nach dem, was wegen einer actionis vtilis in dem Edicto perpetuo Salvii Iuliani enthalten iſt.

§. 951. Wenn daher die Losſagung von der Erbſchaft in ſolchem Falle geſchehen iſt, wo gegen die Erbeinſetzung was einzuwenden war, weshalb der Erbe ſich in keinen Prozeß einlaſſen wollen, ſondern lieber dem Gegentheil ſolche überlaſſen hat, ſo kann gegen ihn nicht geklagt werden. L. 6. §. 4. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Item ſi invenerit, bona ad alium pertinere: non dabit actionem: ſi vero nulla ſuſpicio colluſionis religionem praetoris inſtruxerit §. 1. eod. Si autem is, cui auferri hereditas poteſt, aliquid poſſideat de hereditate, et poſſidere deſierit ſine dolo malo, magis eſt, vt deſinat conveniri. Sollte der, welcher mit Recht von der Erbſchaft ſich losgeſagt, dennoch davon was in Händen haben, ſo würde dies als ein Theil der Erbſchaft anzuſehen ſeyn, woran ſich im Nothfall zu halten wäre. Hat ers aber ohne Gefährde verlohren, ſo iſt es, als wenn er nie etwas beſeſſen hätte. Si vero nulla ſuſpicio in §. 4. iſt ſo viel, als: ſi modo nulla ſuſpicio.

§. 952. Vorzüglich alſo würde gegen den von der Erbſchaft abgetretenen Erben kein Anſpruch ſtatt finden, wenn die Erbeinſetzung offenbar ungültig geweſen. L. 2. C. Si omiſſ. ſit cauſ. teſtam. Eum, qui, cum teſtamento poſſet obtinere hereditatem, ab inteſtato jus ſucceſſionis voluit amplecti, libertatibus eodem teſtamento datis obeſſe non poſſe, jam pridem placuit. Quod ſi cum jam neque adiri ex teſtamento hereditas,

neque bonorum poſſeſſio peti poſſit, judicium defuncti non uſurpabitur, ſed ad irritum juris ratione revocatum eſt, petitio relictorum nullo jure procedit. Si vero jure facto teſtamento: ceſſante herede ſcripto, alter ab inteſtato adiit hereditatem, neque libertates neque legata ex teſtamento poſſe praeſtari manifeſtum eſt. Statt: non vſurpabitur lieſt Cujacius beſſer: non inſuperhabitum, d. i. wenn das Teſtament nicht aus Verachtung bey Seite geſetzt worden, oder welches einerley iſt, wenn der Erbe nicht ohne Noth, blos aus gefährlicher Abſicht ſich vom Teſtamente losſagt.

§. 953. Daß auch, wo der Erblaſſer die Losſagung von der Erbeinſetzung ſelbſt nachgelaſſen, die darauf liegenden onera mit der Losſagung von jener unkräftig wurden, lehrt noch beſonders L. 1. §. 5. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si proponatur idem et inſtitutus et ſubſtitutus, et praetermiſerit inſtitutionem: an incidat in edictum, quaeritur. Et non puto incidere: quaſi teſtator hanc ei dederit facultatem, qui eum ſubſtituit. Man muß hier ſich vorſtellen, daß der Erblaſſer auf die Inſtitution Legate gelegt hatte, nicht aber auf die Subſtitution. Vor Septimio Severo wurden die Legata inſtitutionis nicht als ipſo jure bey der Subſtitution wiederholt angeſehen. Ulpian lebte um Severi Zeit, und kann dies vor der neuen Verordnung des Severi, die das Gegentheil einführte, geſchrieben haben. Es war alſo die Frage, ob nicht wenigſtens ex edicto praetoris, Si quis omiſſa cauſa teſtamenti etc., die Legata Inſtitutionis in dem Falle des Geſetzes zu entrichten wären. Es wird aber verneinet, weil der Erblaſſer dem Inſtituto die Wahl ſelbſt gegeben, ſich der Inſtitution zu enthalten.

§. 954. Iſt hingegen bey der Losſagung vom Teſtament eine böſe Abſicht, die Legatarien und andere um

das-

dasjenige, welches ihnen verlaſſen iſt, zu bringen, oder ſich gar mit ihrem Schaden zu bereichern, ſo bleiben dieſen ihre Anforderungen dennoch, als wenn keine Losſagung geſchehen wäre. Das prätoriſche Edict verordnete beſonders, daß, wenn ſolche im Teſtament ernannt wären, die zugleich als Inteſtat-Erben das Vermögen erhalten konnten, dieſe aber vom Teſtament ſich losſagten, dadurch eine Inteſtat-Erbſchaft veranlaßten, und nun als Inteſtat-Erben die Güter annahmen, damit auf ſolche Art die Legaten ungültig würden, gegen ſolche Erben eben ſo von den Legatarien vtiliter ſollte geklagt werden können, als ſie gegen die Teſtaments-Erben directe klagen würden. Cregut de hered. cauſ. ſucceſſ. omitt. et immutante. Die Verordnung war billig. Denn ſonſt hätte nie Jemand ſicher im Teſtamente, worin er Inteſtat-Erben ernennte, Legata verordnen können. L. 1. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Praetor voluntates defunctorum tuetur, et eorum calliditati occurrit, qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato hereditatem partemve ejus poſſident, ad hoc, vt eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deferri potuit, ſi non ab inteſtato poſſideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur. Hiezu wurde alſo erfordert, daß der Erbe in einem gültigen Teſtamente ernannt war, ſchon als geſezlicher Erbe ein Recht zur Erbſchaft hatte, ſolche aber als Teſtaments-Erbe ablehnte, und ſie doch, als Inteſtat-Erbe in Beſitz nahm.

§. 955. Auch Kinder, die unter des Erblaſſers Gewalt geſtanden, waren unter dem Edict begriffen. L. 1. §. 7. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Qui ſunt in poteſtate, ſtatim heredes ſunt ex teſtamento: nec, quod ſe abſtinere poſſint, quidquam facit. Quodſi poſtea miſcuerunt, ex teſtamento videntur heredes: niſi ſi abſtinuerunt quidem ſe teſtamento, verum ab inteſtato petierint bo-

norum poſſeſſionem. Hic enim incident in edictum. Kinder unter väterlicher Gewalt ſind, wenn ſie auch im Teſtament ernannt worden, ipſo jure des Vaters Erben. Sie können ſich der Erbſchaft enthalten. Dies iſt aber facti. So lange es noch nicht geſchehen; ſind ſie Erben. Haben ſie ſich hingegen zur Erbſchaft erklärt; ſo fällt das Enthalten gar weg, und nun haften ſie Gläubigern des Erblaſſers und Legatarien. Haben ſie ſich vom Teſtamente losgeſagt, und doch die Erbſchaft in Beſitz genommen; ſo paßt das Edict auf ſie. A. Faber Err. pragm. D. 32. E. 5. hält die hier erwähnte bonorum poſſeſſio ab inteſtato für einen Soloecismus, weil einem ſuo abſtinenti keine poſſeſſio ab inteſtato gegeben werden könne. Ein ſuus abſtinens werde dennoch noch als Erbe ex teſtamento angeſehen. Dies iſt aber nur nach der Subtilität wahr. Es iſt nicht glaublich, daß dieſe dem Prätor bey ſeiner b. p. ab inteſt. hinderlich geweſen.

§. 956. Die Kinder waren auch dann dem Edict unterworffen, wenn neben ihnen ein emancipirter Sohn mit Stillſchweigen übergangen war, und ſie ſich dieſer Gelegenheit bedienten, bonorum poſſeſſionem contra tabulas zu ſuchen, und dergeſtalt die Erbſchaft ad cauſam inteſtati zu bringen. Sie waren in dieſem Falle nicht blos den privilegirten Perſonen, ſondern allen, ihre Legata zu geben ſchuldig L. 23. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si filius, qui manſit in patris poteſtate, item filia, heredes inſtituti, praeterito fratre emancipato, qui contra tabulas accipere poſſeſſionem potuit, vt inteſtati patris poſſeſſionem acceperint: legata omnibus praeſtabunt: nec filia dotem ſuam fratri conferet, cum vt ſcripta videatur hereditatem, habere. Wenn neben den Süis ein Emancipirter vorhanden, der übergangen worden, und dieſer iſt der bonorum poſſeſſionis contra tabulas nicht bedient; ſo können die eingeſez-

geſezten Sui dieſelbe gebrauchen. Weil aber bey dieſem Rechtsmittel wenigſtens gewiſſen privilegirten Perſonen ihre Legata verbleiben: ſo iſt natürlich, daß ſolche ebenfalls bezahlt werden müſſen, wenn auch ſui die bonorum poſſeſſionem contra tabulas geſucht. Aber nicht blos die Privilegirten erhalten hier ihre Legata, weil die Sui nicht übergangen, ſondern würklich eingeſezt waren, mithin keine Urſach für ſich hatten, das Rechtsmittel zu gebrauchen, es alſo blos darauf abgeſehen war, die Legatarien zu verkürzen. Das Heyraths-Gut ſoll hier nicht conferirt werden, weil ehemals bey der Teſtament-Beerbung keine Collation ſtatt fand, ſondern nur, wenn vnde liberi, oder contra tabulas bonorum poſſeſſio geſucht wurde, und zwar im leztern Fall von ſolchen, welche wegen der Uebergehung dazu genöthiget wurden.

§. 957. Der Inteſtat-Erbe haftete nach ſelbigem, er mochte, als bürgerlicher, oder prätoriſcher, oder nur vorgeblicher Inteſtat-Erbe ſich der Erbſchaft anmaſſen. L. 1. §. 9. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Non quaerimus, qui praetermiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato hereditatem poſſideant, vtrum jure legitimo poſſideant, an non. Nam quoquo jure poſſideant hereditatem, vel partem ejus, conveniri ex edicto poterunt. Vtique ſi non ex alia cauſa poſſideant: vtputa ſi quis omiſit hereditatem, ſed ex cauſa fideicommiſſi poſſidet, miſſus in poſſeſſionem fideicommiſſorum ſervandorum cauſa: vel ſi proponas eum crediti ſervandi cauſa veniſſe in poſſeſſionem: nam neque ex hac cauſa legatariis reſpondere cogitur. Toties igitur edictum praetoris locum habebit, quoties aut quaſi heres legitimus poſſidet, aut quia bonorum poſſeſſionem accipit ab inteſtato, aut ſi forte quaſi praedo poſſideat hereditatem, fingens ſibi aliquem titulum ab inteſtato poſſeſſionis. Quocunque enim modo hereditatem lucrifacturus quis ſit, legata prae-

praeſtabit. Sed ex cauſa fideicommiſſi poſſidet iſt ein Fall, da der, ſo von der Teſtaments-Erbſchaft ſich losſagt, etwa einen Miterben hat, welchem nun die ganze Erbſchaft zufällt, ihm aber zugleich ein Fideicommiß vermacht worden. In ſolchem Falle kann er das Fideicommiß von ſeinem Teſtaments-Miterben fordern, welches noch immer gültig iſt, und deshalb Caution verlangen, auch wofern ſie nicht gemacht wird, Immiſſion in die Erbſchaft ſuchen. Weil er aber nicht als Erbe die Güter in Beſiz hat; ſo paßt das Edict nicht auf ihn. Eben ſo würde es nicht paſſen, wenn der Teſtaments-Erbe ſich von der Erbſchaft losſagt, aber nun als Gläubiger daran Anſpruch macht, und die Immiſſionem crediti ſervandi cauſa erhält.

§. 958. Auch gegen den Patron hatte der Anſpruch aus dem Edicte ſtatt, wenn er die ihm vom Freygelaſſenen vermachte Erbſchaft nach dem Teſtamente nicht annahm, und nun als deſſen Inteſtat-Erbe die Güter beſaß L. 6. §. 8. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si patronus ex debita ſibi portione heres ſcriptus dato ſibi coherede, ex alia parte omiſerit inſtitutionem, quia debita pars ejus erat exhauſta: omiſerit et coheres: deinde poſſideat patronus ab inteſtato legitimam hereditatem totam: dandum in eum legatorum actionem, Celſus libro ſexto decimo digeſtorum ait, quae in Titium competeret: ſufficeretque patrono, quod integram debitam ſibi portionem habeat. Haec autem ita ſunt, ſi coheres colluſit cum patrono. Aliter enim non eſſe patronum cogendum legata praeſtare. Neque enim interdictum eſſe, vt quis omittat hereditatem, ſi ſine fraude id fiat. Haloander ſezt das Comma nicht nach coherede, ſondern beſſer nach ex alia parte. Rueker Obſervatt. c. 2. §. 2. Der Patron erbte alles von ſeinem Freygelaſſenen, wenn keine Kinder und kein Teſta-

ment

ment vorhanden waren. Wenn ſich Kinder fanden, hatte er ſeinen gewiſſen Antheil ſowohl ab inteſtato, als auch muſte ihm derſelbe im Teſtamente ſo wie, wenn keine Kinder vorhanden waren, die Hälfte verlaſſen; ſonſt bediente er ſich gegen das gemachte Teſtament zu Erlangung ſeines gehörigen Theils der honorum poſſeſſionis contra tabulas. War er alſo zum Univerſal-Erben ernannt, und es waren keine Kinder da, er ſagte ſich aber vom Teſtamente los, um nun ab inteſtato die ganze Erbſchaft anzunehmen; ſo war eben der Fall bey ihm, wie bey andern Inteſtat-Erben, welche das Teſtament verſchmäheten. War er nicht Univerſal-Erbe, ſondern ihm war ein anderer Erbe an die Seite geſezt, jedoch ſo, daß ihm die geſezliche Portion verlaſſen war, und er und der Mit-Erbe ſagten ſich vom Teſtamente los, hierauf nahm der Patron die ganze Erbſchaft als Inteſtat-Erbe in Beſiz; ſo kam es darauf an, ob hiebey eine Gefährde war, oder nicht. War des Patrons Portion dergeſtalt mit Legatis beſchweret, daß ſie erſchöpft worden, ſo war demſelben nicht zu verdenken, daß er ſich davon losgeſagt. Wenn nun die Portion, davon er abſtand, dem Miterben als nun alleinigem Erben zufiel, ſo hieng es auch von dieſem ab, ob er die Erbſchaft haben wollte oder nicht. Hatte er bewegende Urſachen die Erbſchaft nicht anzunehmen, ohne deshalb mit dem Patron zum Nachtheil der Legatarien zu colludiren; ſo fielen die Legata hinweg. Der Patron nahm nun die ganze Erbſchaft, als Inteſtat-Erbe hin, ohne etwas an die Legatarien auszuzahlen. Wenn aber eine Verabredung und ein Einverſtändnis deshalb mit dem Miterben geſchehen war; ſo wurde vom Edict Gebrauch gemacht.

§. 959. Daß der Patron, der gerechte Urſach hatte, die ihm im Teſtament zugedachte Erbſchaft, ab inteſtato anzunehmen, nicht haftete, lehrt auch L. 5. Si quis

quis omiſſ. cauſ. teſt. Excuſatus videtur patronus, qui inſtitutionem praetermiſit, cum aliter eſſet a liberto ſcriptus heres, quam eum inſtitui oportet. Nam et ſi ſervus ejus ex aſſe inſtitutus fuerit, et per quemcunque caſum non potuerit juſſu domini adire hereditatem, impune praetermittet ex teſtamento hereditatem. Der Freygelaſſene, der keine Kinder verließ, hatte nicht den Patron, ſondern deſſen Knecht, zu Erben ernannt. Durch dieſen erwarb der Herr, und wenn den Knecht in Antretung der Erbſchaft nichts hinderte; ſo war nichts einzuwenden. Starb aber derſelbe, oder entlief er vor der Antretung; ſo konnte ex cauſa teſtamenti die Erbſchaft nicht angenommen werden. Daher blieb blos cauſa inteſtati übrig, ohne daß hier eine Gefährde eintrat.

§. 960. Weil alſo auch gegen den, der ohne allen Rechts-Titel die Erbſchaft ſich anmaßte, nachdem er aus dem Grunde der Teſtamentariſchen Erbeinſetzung ſolche nicht weiter inne hatte, das Edikt ſtatt fand: ſo wendete man es auch auf den an, welcher ſich vom Teſtamente losgeſagt, und nun die Güter dergeſtalt unter ſich hatte, daß ſie der Fiſcus ihm ex capite bonorum vacantium abfordern konnte, weil etwa kein Inteſtat-Erbe ſich fand, dabey aber der Fiſcus die ihm zur Abforderung geſezten 4 Jahre verſäumet hatte. L. 6. §. 7. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Certe ſi vacantia bona quis poſſederit, et quadriennium praeterierit, indubitate conveniri poterat ex hac parte edicti: quia et omiſit cauſam teſtamenti, et quia ab inteſtato poſſidet, et quidem ſic, vt praeſcriptione quadriennii tutus ſit.

§. 961. Es gab einen Fall, wo das Edict auf den angewendet wurde, welcher im Teſtament nicht ernannt war, und als Inteſtat-Erbe die Erbſchaft beſaß, weil er nemlich angeſehen wurde, als wenn er im Teſtamente ſtän-

ſtände, und ſich vom Teſtament losgeſagt hätte. Das war der Fall, wo ein Emancipirter Sohn übergangen, und ein Fremder zum Erben ernannt war. Hier konnte der Uebergangene bonorum poſſeſſionum contra tabulas gebrauchen. That er dies, ſo fiel die Sache ad cauſam inteſtati, aber gewiſſen privilegirten Perſonen muſten Legata gezahlt werden. Und dieſe darum zu bringen, beredete ſich der Uebergangene mit dem eingeſezten Erben, daß er der Erbſchaft entſagte. So fiel dieſelbe auf den Inteſtat-Erben, und nun nahm ſie der übergangene Sohn nach dem Edict vnde liberi an ſich, in welchem Falle er keine Legata zu leiſten ſchuldig war. Weil jedoch hier eine Gefährde vorhanden, und der Uebergangene hätte bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuchen können, ſo war er den privilegirten Perſonen ihre Legata ſo ſchuldig, als wenn er die bonorum poſſeſſionem contra tabulas würklich geſucht hätte. L. 6. §. 9. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Hoc edictum etiam ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem pertinere, magis dicendum eſt: ſcilicet vt qui accipiendo contra tabulas bonorum poſſeſſionem, liberis parentibusque legata praeſtaret, ſi omiſerit eam bonorum poſſeſſionem, et ab inteſtato poſſideat hereditatem, cogatur, ea praeſtare, quae praeſtaret, ſi contra tabulas bonorum poſſeſſionem accepit.

§. 962. Ob Jemand vom Teſtament ſich losſagt, oder die Poteſtativ-Bedingung des Teſtaments, welche er leicht erfüllen konnte, nicht erfüllt, um nur dadurch die Erbſchaft ab inteſtato zu erhalten, wird für einerley geachtet. L. 1. §. 8. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Qui ſub conditione inſtitutus heres potuit parere conditioni, nec paruit cum conditio talis ſit vt in arbitrio ſit heredis inſtituti, deinde ab inteſtato poſſideat hereditatem, debebit edicto teneri, quia ejus modi conditio pro pura debet haberi. Statt: conditio pro pura debet haberi, hätte es wohl heiſſen ſollen: inſtitutio pro pura debet haberi.

§. 963.

§. 963. Weil der ſubſtituirte Erbe, den die Reihe der Succeſſion trift, eben das iſt, was der inſtituirte Erbe; ſo paßt auf jenen das Edict ſo gut, wie auf dieſen. Vom Vulgar-Subſtituten iſt deshalb kein beſonderes Geſetz vorhanden, aber vom Pupillar-Erben reden L. 27. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Mater ſecundis tabulis impuberi filio ſubſtituta locum edicto facit, ſi omiſſo teſtamento legitimam hereditatem filii poſſideat. Idem juris eſt, et ſi filio heres data ſit, et ſubſtituta. Wenn die Mutter auch dem Kinde als Miterbin in des Vaters Teſtamente an die Seite geſetzt (Si pupillo heres data) und demſelben zugleich pupillariter ſubſtituirt iſt, ſo gilt eben das, was vorher geſagt worden, bey dem Theil der våterlichen Erbſchaft, worin die Pupillar-Subſtitution geſchehen, nemlich, daß auch hier die Mutter die ihr als Subſtitutae auferlegten Legata tragen muß, wenn ſie gleich des Kindes Erbin ab inteſtato werden will.

§. 964. Es iſt gleichgültig, ob der Erbe, welcher cauſam inteſtati wåhlt, unmittelbar oder mittelbar zu Erben ernannt war. Auch im leztern Falle hatte er das Teſtament für ſich und machte ſich aus Gewinnſucht davon los L. 1 §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Et parvi refert, vtrum quis per ſemet ipſum, an per alium acquirere potuit hereditatem. Nam, quomodocunque potuit, ſi non acquiſivit hereditatem, in ea cauſa eſt, vt incidat in edictum praetoris.

§. 965. Dahin gehört, wenn der Knecht zu Erben ernannt worden, und der Herr hätte ſolchem die Erbſchaft können antreten laſſen, hat es aber nicht gethan L. 1. §. 2. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Praetermittere autem cauſam teſtamenti videtur, qui cum poſſet jubere, noluit id facere.

§. 966.

§. 966. Ferner wenn er, da der Knecht ſich der Antretung weigerte, ſolchen nicht dazu gezwungen hat. L. 1. § 3. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Quid ergo ſi ſervus ejus, cum juberetur adire hereditatem, dicto audiens non fuit? Sed compellendus eſt ſervus hoc facere: ideoque dominus ab inteſtato veniens incidit in edictum.

§. 967. Ferner, wenn er den ernannten Knecht veräuſſert hat. L 28. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si ſervum heredem inſtitutum dominus, qui ipſe rogatus erat fideicommiſſum praeſtare, priusquam adire juberet, vendiderit: praeſtare id debet: cum per pretium ſervi, hereditatis quoque aeſtimationem conſequatur. Iſt der Veräuſſerer Erbe ab inteſtato, und hat die Erbſchaft behalten; ſo iſt bey der Sache kein Zweifel. Iſt er es nicht, und beſitzt die Erbſchaft nicht; ſo hat er für den Knecht zugleich den Werth der Erbſchaft bezahlt bekommen, und es heiſt: pretium ſuccedit in locum rei.

§. 968. Wenn der, ſo des Erblaſſers Inteſtat Erbe iſt, und ſich in dieſer Maaſſe die Erbſchaft angemaſſet, nicht gewuſt, daß ſein Knecht zu Erben ernannt, und alſo cauſa teſtati da ſey, ſo iſt er entſchuldigt. L. 1. §. 4. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Sin autem nec certioratus eſt dominus a ſervo, et poſtea ipſe ab inteſtato poſſedit hereditatem, non debet incidere in edictum, niſi ſi fingit ignorantiam.

§. 969. Wenn die Mutter ihren Sohn zu Erben ernannt hatte, und dieſer noch unter väterlicher Gewalt ſtand, daher der Vater Namens deſſelben die Erbſchafts-Angelegenheit beſorgte, und Namens deſſelben vom Teſtamente ſich losſagte, dafür aber die Inteſtat-Erbſchaft

wählte, ſo war gegen ihn vom Edict Gebrauch zu machen. L. 21. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si filius meus a matre ſua heres ſcriptus fuerit, et ego, teſtamenti cauſa omiſſa, bonorum poſſeſſionem ejusdem filii nomine petiero, actionem legatorum in me dari debebit, non ſecus ac ſi ipſe heres ſcriptus, omiſſa cauſa teſtamenti, bonorum poſſeſſionem ab inteſtato accepiſſem. Cujac. Obſ. L. 3. c. 20. redet hier von einer bonorum poſſeſſione contra tabulas, welche bey der Inſtitution gebraucht worden. Da aber, wenn der Sohn ſich vom Teſtament losſagt, die poſſeſſio contra tabulas nicht nöthig iſt, weil das Teſtament ſchon deſtitutum geworden; ſo iſt vielmehr von einer poſſeſſione vnde liberi die Rede. Dies gilt aber nur, wenn der Sohn unbedingt zu Erben ernannt war. Wenn man ihn unter der Bedingung, daß ihn der Vater emancipiren ſollte, ernannt hatte, dies that aber der Vater nicht, ſondern behielt ihn unter ſeiner Gewalt, ſo daß alſo der Sohn nicht Teſtaments Erbe werden konnte, jedoch der Vater einen Umweg brauchte, wodurch der Sohn zur Erbſchaft ab inteſtato kam, und der Vater durch ihn ſolche erhielt; ſo war das Edict nicht anzuwenden. L. 27. §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. In ſententiam edicti propter legatorum cauſam frater incidiſſe non videbatur, qui filium ſuum ſubſtitutum impuberi teſtamento fratris non emancipavit, ſed ab inteſtato per eum bona poſſidere coepit. Ein Bruder hatte des andern Bruders Sohn ſeinem eignen Kinde pupillariter ſubſtituirt, jedoch unter der Bedingung, daß deſſen Vater ihn ſeiner Gewalt entlaſſen ſollte, damit, wenn der Fall der Pupillar Subſtitution ſich ereignete, das Vermögen, nicht der Bruder, ſondern deſſen Sohn erhielt. Der Fall trat ein. Der Bruder wollte aber ſeinen Sohn nicht emancipiren. Alſo wurde dieſer nicht des Mündels Teſtaments Erbe. Der Vater gab aber der Sache die Wendung, daß der Sohn ſich zu ſeines Couſin Erbſchaft

ex edicto vnde cognati meldete, weil er nach ſeinem Vater, der nächſte Verwandte des Mündels war. Die auf ſolche Art an ſich gebrachte Erbſchaft des Couſin maßte ſich nun der Vater in väterlicher Gewalt an. Er beſaß nun zwar ab inteſtato; aber in der Maſſe, als er ab inteſtato zur Erbſchaft gekommen, war ſie nicht im Teſtament ihm oder ſeinem Sohne zugetheilt.

§. 971. Die Geſetze erwähnen auch eines Falles, da der Herr zu Erben ernannt, und ihm ſein Knecht ſubſtituirt war. Wenn in dieſem Fall auf die Inſtitution Legata gelegt waren, welche zu umgehen, der Herr ſich von der Inſtitution losſagte, und nun ſeinen Knecht, als Subſtituten, die Erbſchaft annehmen ließ, durch welchen er, der Herr, die Erbſchaft erhielt; ſo war er alle auf die Subſtitution gelegte Legata zu zahlen ſchuldig. L. 25. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Cui ſervus ipſius ſubſtitutus eſt, ſervum ſuum adire juſſit. Si idcirco fecit, ne legata praeſtaret, vtraque praeſtabit, et qua heres eſt, et qua, omiſſa cauſa teſtamenti, poſſidet ex ſubſtitutione hereditatem; ſalva Falcidia ei ſervata. Man muß hier abermals bemerken, daß vor den Zeiten des Septimii Severi der vulgar Subſtitut an ſich nicht in die Legata eintrat, welche dem Inſtituto auferlegt waren. Dies verordnete erſt Severus. Iuventius Celſus, von dem unſere Stelle iſt, lebte vor Severo unter Veſpaſian. Wenn alſo die Inſtitution wegfiel, ſo waren ſtricto jure die Legata Inſtitutionis zernichtet. Der Erblaſſer, welcher dem Herrn den Knecht ſubſtituirt hatte, wollte dadurch jenem kein Willkühr geben, die Erbſchaft ex Inſtitutione abzulehnen, und ex ſubſtitutione durch den Knecht wieder zu erhalten. Er zielte nur darauf, daß, wenn der Herr vor Antretung der Erbſchaft etwa verſtürbe, der Knecht frey und Erbe werden ſollte. Es war alſo eine bloſſe Gewinnſucht, die wider des Erblaſſers Willen ausgeübt

wurde, daß der Herr von der Inſtitution ſich losſagte. Alſo paßte der Fall unter dem Sinn des prätoriſchen Edikts. Si quis omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato vel alio, modo poſſideat hereditatem. Vtraque praeſtabit nemlich die Legata, ſo wohl die auf der Inſtitution, als die, ſo auf der Subſtitution haften. Qua heres nemlich Subſtitutus; indem er durch den Knecht, als Subſtitutum Erbe wird, hat er die auf die Subſtitution gelegten Legata zu bezahlen. Et qua, omiſſa etc. d. i. die Legata, ſo auf der Inſtitution ruhen, zahlt er, um des Edicti praetorii Willen aus.

§. 972. Eben dies galt, wenn der Vater zum Erben ernannt, und ihm ſein Sohn ſubſtituirt war. Hier war ebenfalls die Abſicht des Erblaſſers, daß, wenn der Vater anzutreten gehindert würde, der Sohn Erbe ſeyn ſollte. War er nicht gehindert, wollte aber dadurch, daß er der Inſtitution entſagte, die Legata ungültig machen, und durch des Sohns Subſtituten dennoch die Erbſchaft wieder an ſich bringen; ſo war dieſe Gefährde unter dem prätoriſchen Edikte begriffen. L. 26. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Iulianus ſcribit, patrem, qui filiam ſibi ſubſtitutam juſſit adire hereditatem, legata, quae ab ipſo data ſunt, ex ſententia edicti praeſtanda: quoniam filia patri ſubſtituitur in caſu, non vt arbitrium eligendi relinquatur. Sed ſi varia legata ſupra dodrantem data ſint: eorum prius rationem habendam, quae a filia relicta ſunt. Non enim caret dolo pater, qui honore proprio omiſſo, propter compendium alienam inſtitutionem maluit. Honor proprius iſt die Inſtitution, aliena inſtitutio iſt die Subſtitution. Propter compendium iſt ſo viel, als lucri cauſa. In caſu d. i. wenn etwa der Vater an Antretung der Erbſchaft gehindert werden ſollte. Zu Julians Zeiten war auch die Regel noch nicht eingeführt, daß der Subſtitut alle Legata des Inſtituti

tuti ipſo jure zu übernehmen habe. Nach unſerer Stelle ſoll es in Anſehung der Falcidiae ſo gehalten werden, daß man die Legata der Subſtitution von den Legatis der Inſtitution unterſcheide. Jene ſollen ohne Abzug ausgezahlt werden, wenn ſie die Falcidia nicht mindern. Dieſe werden denn von dem übrigen Vermögen gegeben, doch ſo, daß ſo viel davon abgezogen wird, als nöthig iſt, um dem Erben den vierten Theil der Güter abgekürzt zu laſſen. Umgekehrt entſcheidet die Sache. L. 22. §. 2. ad L. Falcid. Der Unterſchied aber iſt dieſer. Unſere Stelle iſt von den Zeiten vor Severus, die Stelle L. 22. §. 2. aber von der nachherigen Zeit. Vor Severo galten directo nur die Legata ſubſtitutionis, die Legata inſtitutionis blos vtiliter ex mente edicti praetorii. Alſo giengen jene billig vor, und wurden in Berechnung der Falcidiae unter dieſe nicht gemiſcht. Nach Severo galten die Legata inſtitutionis eben ſo jure directo, wie die bey der Subſtitution. Sie waren daher dieſen nicht nur gleich, ſondern auch, weil ſie eher gemacht waren, und eine ältere Erbeinſetzung zum Grunde hatten, vor dieſen mit Vorzug verſehen.

§. 973. Ganz anders entſcheiden die Geſetze den Fall, da der Vater Subſtitut, und die Tochter Inſtituta iſt. Wenn in dieſem Falle der Vater nicht ex Inſtitutione die Tochter die Erbſchaft antreten läſſet, alſo die Inſtitution unkräftig macht, dagegen ex Subſtitutione die Erbſchaft annimmt; ſo ſollen, wie Julian lehrte, die Legata Inſtitutionis zernichtet werden. L. 26. §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Denique ſi filiae pater ſubſtitutus adiit hereditatem, nihil eum dolo facere Iulianus exiſtimat: quia nemo filiae patrem contra votum parentium ſubſtituere videtur, ſed vt arbitrium eligendi relinquat. Der Grund iſt artig. Weil es unnatürlich iſt, daß die Tochter vor dem Vater ſterbe; ſo iſt nicht abzu-

nehmen, daß der Sinn der Subſtitution ſey, der Vater ſolle erben, wenn etwa die Tochter vor der Erbantretung verſtürbe. Vielmehr iſt zu glauben, der Erblaſſer habe dem Vater durch die Subſtitution die Wahl laſſen wollen, durch dieſelbe ex inſtitutione oder unmittelbar ex ſubſtitutione, die Erbſchaft anzunehmen. Bey nachgelaſſener Wahl fällt das prätoriſche Edikt weg. Man muß auch hier bemerken, daß die Stelle vom Julian iſt, welcher vor Severo lebte.

§. 974. Der, gegen welchen das Edikt ſtatt finden ſoll, muß durch Gefährde, das, was er nach dem Teſtamente nicht angenommen, nun als Inteſtat-Erbe beſitzen. Wenn der Teſtaments-Erbe ſich mit Grunde vom Teſtamente losgemacht, weil z. E. ein älter gültig Teſtament da war, und das neuere, ſo ihn ernannte, nicht gut beſtehen konnte, daher er die Erbſchaft dem Erben des ältern Teſtaments überlaſſen, jedoch von jenem hernach ohne alle Gefährde die Erbſchaft erkauft, geſchenkt bekommen, oder ſonſt durch einen Kontrakt erhalten; ſo paßt das Edikt nicht auf ihn. L. 30. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Qui omiſſa cauſa teſtamenti, vel pro emtore, vel pro dote, vel pro donato, vel alio quolibet titulo, exceptis pro herede, et pro poſſeſſore, poſſideat hereditatem, a legatariis et fideicommiſſariis non convenitur.

§. 975. Eben ſo fällt es weg, wenn der Erblaſſer dem Teſtaments Erben die Wahl gelaſſen, ob er auf dieſe oder eine andere Art erben will. L. 1. §. 5. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si proponatur idem et inſtitutus et ſubſtitutus, et praetermiſerit inſtitutionem: an incidat in edictum quaeritur. Et non puto incidere: quaſi teſtator hanc ei dederit facultatem, qui eum ſubſtituit. Die Verfaſſer der Baſilicarum haben hier den Text

nicht

nicht recht angeſehen, und gerade das Gegentheil geſagt. Das iſt das Geheimnis, welches Ienſ. Strictur. p. 205. nicht enträthſeln können.

§. 976. Das prätoriſche Edikt erfodert, daß der Teſtaments Erbe, jetzt ex cauſa inteſtati die Erbſchaft würklich beſitze. Es iſt hiebey auf die Zeit der Einlaſſung auf die Klage, und Beveſtigung des Kriegrechtens zu ſehen. Wenn zur Zeit ſolcher Einlaſſung und Beveſtigung der Inteſtat-Erbe noch im Beſitz iſt; ſo iſt die Klage gegen ihn gegründet, und die Verurtheilung geſchieht, falls er auch in der Folge den Beſitz nicht mehr fortſetzen ſollte. L. 6. §. 6. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Quod ergo tempus ſpectabimus, poſſideat, nec ne? Litis conteſtatae tempus ſpectari debet.

§. 977. Ob der Inteſtat-Erbe, welcher ſich vom Teſtamente losgeſagt, die ganze Erbſchaft, oder eine Quota, oder auch nur einzeln zur Erbſchaft gehöriges Stück beſitze, iſt einerley. Genug, daß er es ſich als Erbe anmaßt. Dies kann ihm als Erbe vermacht ſeyn, und die andern Theile der Erbſchaft, die andern vermacht ſind, können verlohren gegangen ſeyn. L. 13. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Et ſi non totam aliquis hereditatem partemve ejus, ex qua heres inſtitutus eſt, ab inteſtato poſſideat, ſed vel minimam portiunculam vel etiam vnam aliquam rem, tenetur hoc edicto. L. 14. eod. Quamvis non propria pars hereditatis in vna re intelligatur. L. 15. *eod.* Nec id iniquum eſt, cum ex ſuo quisque vitio, hoc incommodo adficiatur. L. 16. eod. Cum enim hereditas ab eo quoque peti poſſit, qui vnam aliquam rem hereditario nomine poſſideat, dubitari non oportet, quin verum ſit quod diximus.

§. 978. Es iſt auch hier, wie ſonſt, der als Beſitzer anzuſehen, welcher gefährlicher Weiſe im Beſitz zu ſeyn aufgehört hat. L. 1. §. 11. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Dolo autem malo feciſſe videtur, quo minus poſſideat, qui ad alium tranſtulit poſſeſſionem per fraudem, vt legatarii caeterique, qui quid in teſtamento acceperunt, careant his, quae ſibi relicta ſunt.

§. 970. Ingleichen derjenige, welcher den Beſitz erhalten können, aber gefährlicher Weiſe es gehindert hat, daß er nicht zum Beſitz gekommen iſt. L. 1. §. 10. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Sane interveniente cautione: evicta hereditate legata reddi; etſi non poſſideat quis hereditatem dolo autem malo fecerit, quod minime poſſideat: eveniet, vt perinde teneatur, atque ſi hereditatem adiſſet §. 12. eod. Sane quaeſtionis fuit, vtrum is demum dolo malo facere videatur, quo minus poſſideat, qui per dolum eam poſſeſſionem dimittat, quam aliquando habuit: an vero is (quoque) qui hoc ipſum malitioſo fecit: ne ab initio poſſidere inciperet? Labeo ſibi videri ait, non minus delinquere eum qui non incipiat poſſidere, quam eum, qui deſinat. Quae ſententia obtinet. Die Worte: Sane reddi gehören noch zu dem vorigen §. 9. Der, ſo omiſſa cauſa teſt. ab inteſtato, oder gar als praedo, beſitzt, haftet für die Legata, jedoch ſo, daß die legatarii ihm die hier erwähnte caution machen. §. 10. folgt alsdenn. Etſi non etc. wodurch gelehrt wird, daß auch ein fictus poſſeſſor ex edicto praetoris haftet.

§. 980. Wer die Erbſchaft an einen andern verkauft hat, iſt darum noch als Beſitzer derſelben und Erbe anzuſehen, weil das Kaufgeld an die Stelle der Erbgüter ſelbſt getreten iſt. L. 4. §. 3. Si quis quis omiſſ. cauſ.

cauſ. teſt. Si quis vendiderit hereditatem, vtique poſſidere videtur: non dolo feciſſe quo minus poſſideat.

§. 981. Uebrigens iſt es einerley, ob der, welcher die Inteſtat Erbſchaft dem Teſtamente vorgezogen, volljährig oder minderjährig iſt. Nur muß der, ſo unter Vormundſchaft ſteht, mit Zuthuung derſelben die Handlung vorgenommen haben. L. 24. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si dolo tutoris omiſerit pupillus cauſam teſtamenti, et legitimam hereditatem poſſideat: danda eſt legatorum actio in pupillum, ſed eatenus, quatenus hereditas ei acquiſita eſt. Quid enim, ſi cum alio poſſideat hereditatem? Der Mündel haftet nur, ſo weit er ſich bereichert findet. Daß er nur pro rata hafte, wenn noch ein anderer Miterbe da iſt, hält Cujacius auch für ein Privilegium. Er meynt, nach §. 1. eod. habe Paulus zu verſtehen geben wollen, das Edikt verpflichte in ſolidum, wenn gleich mehrere Theilhaber an der Wahl des Inteſtati vor dem Teſtato vorhanden wären. Dieſer Meynung ſey auch Paulus beygetreten. Aber §. 1. ſagt dies eben nicht, und L. 18. iſt dann ſchwerlich zu vereinigen, wenn man dieſes annehmen wollte: Auch die actio directa legatariorum hat nur gegen mehrere Erben pro rata ſtatt. Die vtilis kann nicht anderer Art ſeyn.

§. 982. Die actio vtilis iſt den Legatarien ſowohl, als Fideicommiſſarien, zu Gute eingeführt. L. 6. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Quia autem is, qui ab inteſtato poſſidet hereditatem, conveniri poteſt, ſi omittit cauſam teſtamenti, quaeſitum eſt, ſi quaſi ex voluntate teſtatoris videatur omiſiſſe, an cogatur praeſtare? Vtputa fratrem ſuum ſcripſit heredem, et codicillos fecit ab inteſtato: petitque a fratre, vt ſi legitima hereditas ad eum pertinuerit, fideicommiſſa praeſtaret quibusdam. Si igitur omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſta-

teſtato poſſideat hereditatem, videndum eſt, an legatariis cogatur reſpondere? Et Iulianus libro trigeſimo primo digeſtorum ſcribit, cogendum primum legata praeſtare: mox dimiſſis legatis, ſi quid ſuperfuerit ex dodrante, tunc fideicommiſſa cogi praeſtare. Caeterum ſi legata abſumunt dodrantem, tunc nihil fideicommiſſariis praeſtandum. Habere enim integrum quadrantem legitimum heredem oportet. Ordo igitur a Iuliano adhibetur, vt prius legata praeſtentur, deinde ex ſuperfluo fideicommiſſa, dummodo quadrans non tangatur. Ego puto Iuliani ſententiam ita accipiendam, vt, ſi omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideat hereditatem, cogatur omnimodo legata praeſtare: nec enim vtique omittere ei hereditatem permiſit, qui fideicommiſſa ab eo relinquit (ab) inteſtato. §. 2. eod. Quid deinde dicimus, ſi iisdem et ex teſtamento legata et fideicommiſſa ab inteſtato fuerint relicta, et praeterea aliis fideicommiſſa? An ordinem illum debeamus facere, quem Iulianus monſtrat: an vero contribuemus omnes fideicommiſſarios, quaſi aequales? Et magis eſt, vt ita diſtinguamus: multum intereſſe, vtrum incidit in edictum heres, an non. Nam ſi incidit, praeferendi erunt hi, quibus teſtamento relicta fuerunt quaedam; ſin vero non incidit, quia haec fuit teſtatoris voluntas, vt daret ei facultatem, et ab inteſtato ſuccedendi, vel quia alia cauſa interceſſit, quae ſecundum ea, quae ſupra ſcripta ſunt, non offendit edictum: dicendum eſt, contribui fideicommiſſa debere quaſi exaequata. Die Legata dürften nicht in bloſſen Codicillen verlaſſen werden, aber die Fideicommiſſa. Jene galten nach eigentlichem bürgerlichen Rechte, dieſe blos nach Conſtitutionibus principum, und ſenatusconſultis. Codicilli ab inteſtato ſind hier codicillariſche Verordnungen auſſer dem Teſtamente, welche auch nicht im Teſtamente beſtättiget waren. Wer dergleichen nach dem

Teſta-

Teſtamente gemacht, und darinn ſeinen nächſten Verwandten, der ſein Teſtaments Erbe war, mit Fideicommiſſen beſchwert hatte, der hatte dadurch dem Teſtaments Erben nicht die Erlaubnis gegeben, das Teſtament zu verwerfen, und blos ab inteſtato zu ſuccediren. That dieſer es dennoch; ſo haftete er, nach wie vor, für Legata und Fideicommiſſa. In der Kürzung der Falcidiae aber hatten die Legata den Vorzug, daß, wenn ſie allein dieſe Quarte nicht minderten, ihnen nichts abgezogen wurde. Hernach kam es erſt darauf an, wie fern die Fideicommiſſe, ohne dieſe Minderung, ausgezahlt werden konnten. Nahm man aus vorhandenen Gründen an, daß der Erbe die Freyheit hätte, cauſam inteſtati dem Teſtamente vorzuziehen, ſo fielen die Legata weg, und es blieben blos die Fideicommiſſa. Dieſe paßirten denn ohne Abzug, weil ſie nun die Falcidiam nicht minderten.

§. 983. Nicht aber blos Fideicommiſſa ſingularia konnten nach dem prätoriſchen Edict gefodert werden, ſondern ſolches erſtreckte ſich auch auf die Univerſalia. L. 28. §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Inſtitutus heres, rogatus reſtituere hereditatem, ſi omiſſa cauſa teſtamenti legitimam hereditatem poſſideat, non dubie, vt legata caeteraque fideicommiſſa, ita hereditatem quoque reſtituere compellendus eſt. Libertates quoque tam directas quam fideicommiſſarias. Sed ſi alienos ſervos rogatus ſit manumittere, utique redimere eos debebit. Eam autem deceſſionem patietur is, cui reſtituta fuerit hereditas, quam is, qui ei reſtituerit, paſſurus fuit.

§. 984. Beſonders hat der Erbe auch die im Teſtamente enthaltenen Legata libertatis zu erfüllen, die Freyheit mag directe oder fideicommiſſarie ertheilt ſeyn.

Im

Im leztern Falle bekommt er jedoch das jus patronatus wie ſonſt gewöhnlich, wenn ex teſtamento ſuccedirt wird. L. 29. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidet hereditatem, ſervos ad libertatem perducere debet: ne eis factum noceat ejus, qui ex teſtamento adire noluit: ſic tamen, ut habeat libertos. Servos ad libertatem perducere wurde beſonders dann geſagt, wenn fremden Knechten die Freyheit vermacht war, welche der Erbe dem Eigenthümer abkaufen und in Freyheit ſetzen muſte. Dieſe Verordnungen für fremde Knechte bleiben alſo nach dem praetoriſchen Edicte ebenfalls bey Kräften.

§. 985. Wenn etwas einem andern zu geben oder zu leiſten, nicht ordentlich als Vermächtnis dem Erben auferlegt war, ſondern dieſe Leiſtung nur als Bedingung der Erbeinſetzung im Teſtamente ſtand, ſo hatte dergleichen Bedingung nicht die Rechte eines Legats, war der Falcidiae nicht unterworfen, war blos mortis cauſa capio, und wurde daher auch nicht unter das praetoriſche Edict gezogen. L. 8. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si quis ſub conditione dandorum decem, vel qua alia, quae in dando vel faciendo fuit, heres inſtitutus omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato poſſideat hereditatem: videndum eſt, an huic, in cujus perſona conditio collata eſt, ſubveniri debeat. Et magis eſt, ne ſubveniatur. Neque enim legatarius eſt. L. 9. eod. Sed et ſi adhuc parendi conditioni tempus habeat, hac parte edicti non tenetur.

§. 986. Sollte der Erbe, welcher cauſam inteſtati dem Teſtamente neben ſeinem Miterben vorgezogen, ſelbſt ein Legat in dem Teſtamente erhalten haben; ſo fällt dies aus. Er kann zur Ahndung des Miterben nichts fodern, da er ſie ſelbſt verdient hat, und es heiſt bey ihm: viam quam ipſe elegiſti, ambula. L. 7. Si quis

quis omiſſ. cauſ. teſt. Quidam Titium et Maevium inſtituit heredes, et centum Titio legavit; uterque omiſſo teſtamento legitimam adiit hereditatem. Non probe legatorum actionem Titius poſtulabit. Idem, ſi utrique legaſſet. L. 10. §. 1. eod. Cum ſubſtitutis ab inſtitutis legata fuiſſent relicta, et tam inſtituti, quam ſubſtituti, omiſſa cauſa teſtamenti, poſſideant ab inteſtato hereditatem: divus Pius reſcripſit, neque improbe, neque imprudenter inſtitutos legata recuſare ſubſtitutis data. Recte enim recuſant, in ſe dari legatorum fideive commiſſorum petitionem ſubſtituto, cui liberum fuit adeundi hereditatem, non fideicommiſſum petere, ſed univerſa bona obtinere. In der leztern Stelle hätte der Subſtitut die ganze Erbſchaft ex ſubſtitutione verlangen können, weil, wenn der Inſtitutus nicht nach dem Teſtamente erben wollte, die Inſtitution ganz ausfiel.

§. 987. Weil in dieſer leztern Stelle vorausgeſezt wird, daß der Subſtitut die Erbſchaft ebenfalls ab inteſtato mit beſitze, ſo widerſpricht derſelben nicht L. 22. §. 2. Si quis omiſſ. teſt. Si quis hoc modo teſtamentum ſcripſerit: Titius heres eſto. Si Titius heres non erit, Maevius heres eſto. Quisquis mihi ex ſupra ſcriptis heres erit, Maevio, ſi mihi heres non erit, centum dato. Deinde Titius, omiſſo teſtamento, legitimam hereditatem poſſideat. An Maevio, cujus in poteſtate fuit, ut ex ſubſtitutione adeundo totam hereditatem haberet, legatorum actio dari debeat, quaeritur. Et placet dari, quia nihil prohibet, Maevium juſtam cauſam habuiſſe, propter quam nollet negotiis hereditariis implicari. Man lernt hier, daß die der vorigen Stelle beygefügte Urſache nicht adaequat ſey. Hier konnte auch der Subſtitut die ganze Erbſchaft bekommen, wenn er nach der Strenge gehn wollte. Er

that es nicht, und dennoch bekommt er ſein Legat. Der Grund der vorigen Stelle liegt alſo darin, daß der Subſtitut die Erbſchaft ab inteſtato mit beſaß.

§. 988. Sind mehrere vorhanden, welche gemeinſchaftlich ſo gehandelt, daß das Edict auf ſie paßt; ſo hat die Klage gegen jeden pro rata ſtatt L. 18. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. (Si) duo heredes inſtituti, ambo, omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato poſſideant hereditatem: tunc quia uterque praetorio jure perinde habetur, atque ſi ex teſtamento hereditatem adiiſſet, pro partibus in ſingulos competit actio L. 24. §. 1. eod. Sed hoc et in eo, qui pater eſt, plerique putant obſervandum: ut pro qua parte poſſideat, teneatur: quamvis praetor perinde in eum det actionem, atque ſi adiiſſet hereditatem. Von der letztern Stelle iſt ſchon bey L. 24. pr. Erinnerung geſchehen. Quamvis ſteht hier ſtatt: cum. Eben daher, weil gegen den Beſitzer geklagt wird, als wenn ſie Teſtaments-Erben wären, hat die Klage pro rata ſtatt.

§. 989. Sind jedem derſelben beſondere Legata auferlegt; ſo klagt man gegen jeden, der Vermächtniſſe wegen, ſo er auszuzahlen hat. L. 10. §. 2. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si duo ſunt heredes, inſtitutus et ſubſtitutus, et ambo, omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato poſſideant hereditatem: quaeſtionis eſt, an ambo cogantur legata praeſtare, et utrum unusquisque ea legata, quae a ſe relicta ſunt, an vero ambo utraque legata cogantur praeſtare? Ego puto, in ſolidum adverſus ſingulos legatorum petitionem dandam. Sed utrum eorum, quae a ſe legata ſunt, an vero etiam eorum, quae ab altero herede, videamus. Et alias proponamus, inſtitutum ſolum poſſidere hereditatem, eorum legatorum, quae ſunt a ſe relicta, an etiam eorum, quae ſunt a ſubſti-

tuto

tuto relicta, actionem patietur? Dicendum eſt, ita demum etiam eorum, ſi dolo ſubſtituti perveniat ad inſtitutos hereditas ſine pecunia. Nam ſi pecuniam accepit inſtitutus; ipſe erit conveniendus. Item ſi ſolus ſubſtitutus poſſideret, ſi quidem pecunia accepta, inſtitutus emiſſet, dicemus inſtitutum, ſuis legatariis reſpondere debere, ſubſtitutum ſuis: ſi autem ſine pecunia, adverſus ſubſtitutum dabimus actionem. Nunc cum ambo poſſideant, melius dicetur, ſingulos ſuis legatariis reſpondere. Wenn Inſtitut und Subſtitut jeder beſondere Legata auszuzahlen haben, ſo iſt nichts anders Rechtens, als wenn von mehrerern inſtitutis oder mehrerern ſubſtitutis jedem beſondere Legata auferlegt ſind. Die Stelle ſed utrum eorum — dabimus actionem enthält eine Epiſode, die mit dem Anfange und Ende des §. 2. nichts gemein hat. Sie gehört zu den bald folgenden Ausdehnungen des prätoriſchen Edicts, und iſt daher bis dahin deren Eläuterung zu verſparen. Beſonders gilt dies auch, wenn jedem der Erben beſondere Legata libertatis auferlegt ſind L. 12. pr. Si quis omiſſ. cauſa teſt. De libertatibus quoque in hoc caſu quaeſitum eſt, an competant tam hae, quae ab inſtituto, quam hae, quae a ſubſtituto datae ſunt? Et magis eſt, vt, competant tam directae, quam fideicommiſſariae, Iſt einerley Sache zweyen auszuzahlen auferlegt; ſo klagt der Legatar ebenfalls gegen jeden in ſolidum. Wenn einer der Erben ſchon die ganze Sache gegeben hat, ſo iſt der andere befreyt. L. 11. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si ab inſtituto et ſubſtituto eadem res mihi legata ſit, et omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem poſſideant lege: etiamſi ab utroque herede ſolidum mihi debetur, tamen ab uno legatum conſecutus, ab altero petere non potero. Eligere itaque reum potero.

§. 990.

§. 990. Die Klage kann nach eben der Analogie auch gegen die Erben der Beſitzer erhoben werden, und iſt actio perpetua. L. 12. §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Heredem ejus, qui omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato poſſidet hereditatem in ſolidum legatorum actione teneri conſtat. Magis eſt enim, rei perſecutionem, quam poenam continere: et ideo (et) perpetuam eſſe. Hoc autem ita eſt, niſi propter dolum defuncti conveniatur heres. Tunc enim in id, quod ad eum pervenit, conveniretur. Die Klage iſt actio ex teſtamento utilis. Wer ex delicto klagen wollte, handelte thörigt.

§. 991. Die Legatarien müſſen ſich von Rechtswegen auch hier alle die Abzüge gefallen laſſen, welche bey ſonſtigen Geſuchen gegen den Teſtaments-Erben ſtatt finden würden. Dahin gehört, wenn der Erblaſſer ſelbſt gewiſſe Beſchwerden auf die Legata gelegt hat. Dieſe muß der Legatar von ſeinem Legat auch hier entrichten. L. 6. §. 10. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si libertas ſub conditione fuerit data, ſi decem dederit et omiſſa cauſa teſtamenti fuerit: non aliter libertas competit, quam ſi conditioni paritum ſit.

§. 992. Gleichergeſtalt zieht der Erbe den Legatien die Falcidia ab. L. 18. §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Admonendi ſumus, huic, in quem ex hac parte edicti legatorum actio datur, beneficium legis Falcidiae concedendum. L. 3. C. Si omiſſ. ſit cauſ. teſt. Si Proculiana patri veſtro, cujus eſtis heredes, teſtamento quid reliquit, et ſcripti jure ſecundum ejus judicium, vel omiſſa cauſa teſtamenti ſucceſſerunt ab inteſtato, aditus competens judex, quatenus legis Falcidiae modus patitur, vobis relicta reſtitui jubebit. Scripti jure ſecundum ejus judicium ſucceſſerunt heiſt: die

recht-

rechtmäſig ernennten Erben haben nach dem Teſtament die Erbſchaft bekommen. Das Edict wurde hernach auch dahin ausgedehnt, daß, wenn der ernannte Erbe nicht ſelbſt Inteſtat Erbe war, er aber mit dieſem ſich verſtand, und ohne Urſach, blos nur die Legatarien um das Ihrige zu bringen, dieſen die Erbſchaft, überließ, als ob das Teſtament ungültig wäre, auch in dieſem Falle die Legatarien mit der actione utili ex teſtamento gehört wurden.

§. 993. Wenn der Patron von ſeinem Freygelaſſenen zum Erben ernannt iſt, ſo iſt die ihm gebührende Portion an dem Vermögen des Freygelaſſenen wie ein Pflichttheil anzuſehen, ſo ihm nicht gekürzt werden kann. Weil er daher den Legatarien Abzüge macht, wenn er als Teſtaments-Erbe an dieſer Portion durch die Legaten gekürzt iſt: ſo geſchieht ſolches auch im Fall, wo nach dem Edict die Legata geſucht werden. L. 19. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Praeterea patrono quoque, quia ex aſſe heres inſtitutus eſt, ſi ab inteſtato poſſederit hereditatem, commodum partis debitae, quod habiturus foret, ſi ex teſtamento adiiſſet hereditatem, ſalvum, (ei) debet eſſe.

Zweytes Membrum.

Ausdehnung des Edicts.

§. 994. Ausdehnung des prätoriſchen Edicts auf Inteſtat-Erben, denen ein Legat mit Beſchwerde vermacht iſt, welcher Beſchwerde ſie ſich mit Gefährde zu entledigen ſuchen. §. 995. Ferner auf den Fall, da Teſtaments Erben mit

mit den Inteſtat Erben colludiren, und dieſen die Erbſchaft dergeſtalt überlaſſen. §. 996. Es mochte die Ueberlaſſung für Geld oder umſonſt geſchehen ſeyn. §. 997. Nur machte die geſchehene Bezahlung einen Unterſchied in der Ordnung der Klage. §. 998. Ingleichen einen Unterſchied, wenn der Teſtaments Erbe nur einen Theil der Erbſchaft den Inteſtat Erben überlaſſen, in Anſehung der Obligation in ſolidum. §. 999. Fernere Ausdehnung des Edicts auf den Fall, da der Inſtitut dem Subſtitut die Erbſchaft überlaſſen. §. 1000. Fall, da der Subſtitut hier zugleich Inteſtat Erbe war. §. 1001. Wiefern die Klage der Legatarien zuerſt gegen den Inſtitutum oder gegen den Subſtitutum ſtatt finde. §. 1002. Fall, da einerley Sache einem bey der Inſtitution und einem andern bey der Subſtitution vermacht worden. §. 1003. Ob das Edict dahin auszudehnen, da, wenn der Miterbe unter der Bedingung, wofern die andere genannte Perſon auch Miterbe nach dem Teſtamente werden würde, ernannt war, ſolcher, bey Losſagung des leztern vom Teſtamente, dennoch Erbe würde. §. 1004. Beſonders wenn jener Miterbe ein Knecht des Erblaſſers war, deſſen Freyheit von ſeiner Erbens Eigenſchaft abhieng. §. 1005. Ob das Edict auch auf militäriſche Teſtamente anzuwenden.

§. 994.

Das Edict wurde durch die Juriſten und Kaiſerl. Reſcripte in der Folge auch auf andere Fälle ausgedehnt. Dahin gehörte zuvörderſt der Fall, wenn der Erbe ab inteſtato zwar nicht Teſtaments Erbe war, jedoch ihm im Teſtamente ein Legat vermacht, und zugleich eine Fideicommiß-Beſchwerde auferlegt war. Wofern er in ſolchem Falle ſich mit dem Teſtaments Erben verſtand, daß dieſer von der Erbſchaft ſich losſagte, und dadurch Teſtament und Legata ungültig machte, wodurch der Inteſtat Erbe zu erhalten ſuchte, daß er nun auch das Fideicommiß nicht abzuliefern brauchte; ſo wurde dennoch dem

dem Fideicommiſſario gegen ihn actio utilis geſtattet. L. 4. §. 2. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Quamquam de heredibus inſtitutis videatur praetor loqui, attamen etiam ad alios haec res ſerpet: ut, ſi ſit legatarius, a quo fideicommiſſum relictum eſt, et hic id egiſſet, ut omittatur hereditas, doloque id fecit, conveniri debet.

§. 995. Hieher gehörte ferner der Fall, wenn der Teſtaments Erbe nicht zugleich Inteſtat Erbe war, und aus böſer Abſicht, zum Nachtheil der Legatarien, ohne gerechte Urſache, dem Erben ab inteſtato die Erbſchaft überlaſſen hatte. In ſolchem Falle konnte gegen den Teſtaments Erben und Inteſtat Erben nach Willkühr geklagt werden. L. 1. §. 13. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si quis per fraudem omiſerit hereditatem, ut ad legitimum perveniat, legatorum petitione tenebitur L. 27. §. 2. eod. In eum, qui teſtamento ſcriptus heres non fuit, ſi fraudis conſilio cum heredibus ſcriptis participato, legitimam hereditatem ſolus poſſideat, actio legatorum ex ſententia praetoris dabitur.

§ 996. Der Teſtaments Erbe mochte in dieſem Falle für Geld, oder umſonſt, dem Inteſtat Erben die Erbſchaft zugeſchanzt haben, ſo hatte das Edict ſtatt. L. 4. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si quis pecuniam non accepit, ſimpliciter autem omiſit cauſam teſtamenti, dum vult praeſtitum ei, qui ſubſtitutus eſt, vel legitimo: numquid locus non ſit edicto? Plane indignandum eſt, circumventam voluntatem defuncti. Et ideo ſi liquido conſtiterit, in necem legatariorum hoc factum, quamvis non pecunia accepta, ſed nimia gratia collata, dicendum erit, locum eſſe utili actioni adverſus eum, qui poſſidet hereditatem. L. 2. pr. eod. Licet pro herede gerere non videatur, qui pretio accepto praetermiſit hereditatem: tamen dandam in eum acti-

actionem, exemplo ejus, qui omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato poſſidet hereditatem, divus Hadrianus reſcripſit. Proinde legatariis et fideicommiſſariis tenebitur.

§. 997. Jedoch war zwiſchen dieſen beyden Fällen darin ein Unterſchied, daß, bey geſchehener Bezahlung, man ſich zuerſt an dem Empfänger des Geldes, wenn aber umſonſt die Ueberlaſſung geſchehen, zuerſt an den Inteſtat Erben ſich hielt. L. 2. §. 2. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Sed utrum ab eo erit incipiendum, et ſic ad heredem veniendum: an convertemus ordinem? Mihi vedetur humanior haec ſententia: ut poſſeſſor hereditatis primus excutiatur, maxime ſi lucrativam habet poſſeſſionem. L. 4. §. 1. eod. Et recte dicitur ubicunque quis, dum vult praeſtitum ei, qui ſe repudiante venturus eſt, non repudiaturus, niſi praeſtitum vellet, et maxime ſi ob evertenda judicia id fecit, (ibi dicendum eſt) adverſus poſſeſſorem competere actionem: ſic tamen ut, ubi quidem pecunia accepta, repudiavit, ibi dicamus, eum, qui omiſit, conveniendum, ubi vero gratis, in fraudem tamen eorum, quibus quid relictum eſt, poſſeſſorem debere conveniri utili actione.

§. 998. Wenn daher der ernannte Erbe dem Inteſtat-Erben nicht die ganze Erbſchaft, ſondern nur einen Theil derſelben zum Nachtheil der Legatarien überlaſſen, und ſich mit jenem, nachdem er ſich vom Teſtamente losgeſagt, getheilt hat; ſo kommt es ebenfalls darauf an, ob er dafür Geld erhalten, oder nicht. In jenem Falle haftet er den Legatariis in ſolidum, in dieſem, neben dem Inteſtat-Erben, pro rata. L 10. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si non ſolus, ſed cum alio, poſſidet hereditatem is, qui omiſit cauſam teſtamenti, rectiſſime Iulianus ait, quod et Marcellus probat, dandam

in

in ipſum quoque legatorum actionem utilem. Nec enim aſpernari debet, obeſſe ſibi factum heredis ſcripti, cui etiam profuerit. Hoc autem ita eſt, niſi ſi pecuniam accepit is, qui omiſit cauſam teſtamenti. Tunc enim in ſolidum tenebitur. Sed cum alio poſſidet heiſt: wenn er mit dem Inteſtat-Erben die Erbſchaft getheilt beſitzt. In ipſum quoque nemlich gegen den Inteſtat-Erben. Nec aſpernari debet, er darf ſich nicht beſchweren. Cui etiam profuerit, indem ihm, dem Inteſtat-Erben, die Losſagung des Teſtaments-Erben von dem Teſtamente auf der andern Seite Nutzen geſchaft. In ſolidum tenebitur, nemlich der Teſtaments-Erbe.

§. 999. Eine andere Ausdehnung des Edicts geſchahe auf den Fall, wenn der Erblaſſer eine vulgar Subſtitution gemacht hatte, und der Inſtitutus begab ſich der Einſetzung, um die Erbſchaft dem Subſtituto zu überlaſſen. Wofern in dieſem Falle Legata auf die Inſtitution gelegt waren, welche bey der Subſtitution nicht wiederholt worden; ſo fielen dieſe nach den Grundſätzen vor dem Kaiſer Severus, wie ſchon geſagt, ſtricto jure hinweg. Weil aber durch ein boshaftes Einverſtändnis des Inſtituti mit dem Subſtituto, um die Legatarien um ihre Vortheile zu bringen, die Losſagung geſchehen war; ſo paßte der Fall unter den Grund des Edicts. L. 1. C. Si omiſſ. ſit cauſ. teſt. Si in fraudem legatorum transmiſſam hereditatem ad ſubſtitutum probatura es: utilis actio adverſus eum, cum quo fraudis conſilium participatum eſt, (tibi) competit. Plane ſi pecunia accepta omiſit aditionem, legata et fideicommiſſa praeſtare cogitur. Es war alſo auch hier ein Unterſchied, ob der Inſtitutus Geld bekommen, oder nicht. In jenem Fall wurde die Klage gegen ihn gerichtet, in dieſem Falle gegen den Subſtitutum. Nach den neuern Grundſätzen, welche mit ſich bringen, daß die Legata

Inſtitutionis ipſo jure bey der Subſtitution als wiederholt angeſehen werden; iſt die actio utilis nicht mehr nöthig, weil nun directa eintritt. Unſere Stelle iſt von Severus; aber von der Zeit, da die neue Verordnung noch nicht gemacht war.

§. 1000. Ein beſonderer Fall war alsdenn der, da der Subſtitut zugleich den Inteſtat Erben ausmachte. Was in ſolchem Falle Rechtens war, lehrt Pomponius, der auch vor Severus gelebt. L. 3. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si pecuniam a ſubſtituto acceperis, ut praetermitteres, isque adierit, an danda ſit legatariis actio, dubitari poteſt? Et puto, ſi ipſe quoque praetermiſerit, et quod lege ad ſe rediret, poſſidebit hereditatem in utrumque veſtrum dandam: ut ei tamen, cui ab utroque legatum ſit, in alterutrum detur actio. Man ſieht, Pomponius traute ſich noch nicht, wenn der Inſtitutus auch umſonſt der Inſtitution, zum Beſten des Subſtituti, oder zur Vervortheilung der Legatarien, ſich begeben, das Edict anzuwenden, wie hernach Severus ſelbſt in L. 1. C. h. 1. that. Im Fall aber, da der Inſtitutus Geld bekommen, zweifelte er an der gegen ihn zu erhebenden actione utili nicht. Nur war die Frage, ob auch gegen den Subſtitutum geklagt werden könne. Daß er dieſe Klage in ſubſidium geſtattet, iſt zu vermuthen. Jedoch in einem beſondern Falle, meynte er, ſey den Legatarien die Wahl zu laſſen, zuerſt den Subſtitutum oder den Inſtitutum zu belangen, nemlich, wenn der Subſtitut zugleich Erbe ab inteſtato war, und ſich von der Subſtitution losſagte, um ab inteſtato zu erben. Er konnte dabey die Abſicht haben, ſich von der in ſubſidium auf ihm haftenden actione utili, welche die Subſtitution vorausſetzte, zu befreyen. Weil er aber dadurch eine doppelte Gefährte bewies, indem er erſt mit dem Inſtituto ſich verſtanden, und nun auch von der Subſtitu-

tion

tion in böſer Abſicht ſich losſagte, ſo gab in dieſem Falle Pomponius den Legatarien das Recht, dieſen Inteſtat Erben auch noch vor dem Inſtituto in Anſpruch zu nehmen. Wenn auch dem Subſtituto beſonders Legata auferlegt waren; ſo verſtand es ſich von ſelbſt, daß dieſerwegen nur der Subſtitut belangt wurde, weil die Losſagung des Inſtituti daran keinen Schaden gethan hatte. Wegen der auf die Inſtitution gelegten Legaten aber haftete, bey empfangenem Gelde, der Inſtitutus. Dies wollen die Worte: ut ei tamen, cui ab utroque legatum ſit, in alterutrum detur actio, nemlich wegen der Legatorum Inſtitutionis gegen den Inſtitutum, und, wegen der Legatorum ſubſtitutionis, gegen den Subſtitutum.

§. 1001. Waren die Legata Subſtitutionis bey der Subſtitution wiederholt, ſo hatten, im Fall, da der Inſtitut Geld bekommen, die Legatarien die Wahl, welchen von beyden ſie zuerſt belangen wollten. Weil neuerlich die Wiederholung ipſo jure als geſchehen angeſehen wird; ſo müſte man allemal in ſolchem Falle, da der Inſtitut Geld bekommen, den Legatarien überlaſſen, ob ſie den Inſtitutum oder den Subſtitutum zuerſt belangen wollen.

§. 1002. Wer einerley und eben dieſelbe Sache dem Inſtituto, als ein Vermächtnis an den Titius, dem Subſtituto aber, als ein ſolches, an den Cajus auferlegt, und der Inſtitut ſagte ſich zum Nachtheil ſeiner Legatarien von der Inſtitution los, überließ alſo die Erbſchaft dem Subſtituto, ſo konnte blos Titius das Vermächtnis fodern, Cajus nicht. L. 20. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si eadem res diverſis perſonis ab inſtituto et ſubſtituto fuerit relicta: non uterque, ſed qui ab inſtituto accepit, ſolus vindicabit. Es iſt dieſer Stelle nicht anzuſehen, daß ſie von einem Falle rede, wo der

Inſtitut der Inſtitution entſagt hat. Geſchahe dieſes nicht, ſo war der hier vorgetragene Satz bekannten Rechten gemäß. L. 13. C. de fideic. Inzwiſchen iſt zu vermuthen, daß Vlpian, von welchem die Stelle iſt, von dem Falle muß geredet haben, wo der Inſtitut von der Inſtitution ſich losgeſagt, weil ſonſt die Verfertiger der Pandecten ſie hier nicht aufgeführt haben würden. Die Entſcheidung folgt aber ganz natürlich aus den Grundſätzen. Wenn der Inſtitut der Inſtitution entſagt hatte, ſo klagten die Legatarien eben ſo utiliter, wie ſie directo würden geklagt haben, wofern der Inſtitut ſich nicht losgemacht hätte. In dieſem Falle aber würde blos Titius ſein Legat bekommen haben, Cajus aber nicht. Alſo muſte es auch in jenem Falle geſchehen. Vlpian ſchrieb nach Severo, wo ſchon die ſtillſchweigende Wiederholung der Legatorum inſtitutionis bey der Subſtitution eingeführt war. Alſo muß dieſe dem alleinigen Rechte des Titius nicht im Wege ſtehen. Ienſ. Strictur. p. 205. nimmt mit Viviano ohne Noth an, daß der Inſtitut mit Erlaubnis des Subſtituten, der Erbſchaft ex teſtamento entſagt, aber ſie ab inteſtato angenommen. Der Wiederholung ohnerachtet, muß dies Legatum, ſo in der Subſtitution wiederholt worden, ein Legatum inſtitutionis verbleiben. Dies iſt von der ſtillſchweigenden Wiederholung geſagt. Es muß aber auch auf die ausdrückliche ausgedehnt werden, quia expreſſi et taciti eadem eſt efficacia. Man verſtehe aber alles dieſes nur von dem Falle, wo der Inſtitut in fraudem legatariorum ſich losgeſagt. Iſt durch einen redlichen Weg die Inſtitution ausgefallen, und blos die Subſtitution verblieben; ſo iſt Titius, neben dem Cajus, als Legatarius des Subſtituti anzuſehen, die Wiederholung ſeines Legati mag ausdrücklich oder ſtillſchweigend geſchehen ſeyn. Er hat ſich alſo mit dem Cajus in die Sache zu theilen.

§. 1003.

§. 1003. Weil blos zum Vortheil derer, welchen die Erben nach dem Teſtamente etwas zu geben oder zu leiſten hatten, das prätoriſche Edict gemacht war, ſo konnte es auf den Fall, wo Titius zu Erben ernannt worden, und auf den Fall, daß dieſer Erbe würde, ihm Cajus an die Seite geſetzt war, jener aber ſich von der Erbſchaft losgeſagt hatte, nicht dahin angewendet werden, daß nun dennoch Cajus ſeinen Antheil an der Erbſchaft bekommen müſſe, obgleich Titius, der dem Teſtamente entſagt, als Inteſtat-Erbe das Vermögen an ſich genommen. Dem Cajus hatte Titius nichts zu geben. Er würde geradezu Erbe, wenn die Bedingung, daß Titius erbte, zur Würklichkeit kam. Weil ſolche ausfiel, konnte er nichts verlangen. L. 22. pr. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Si in teſtamento ita ſcriptum fuerit: Titius heres eſto: Si Titius heres fuerit, Maevius heres eſto: et Titius omiſſa cauſa teſtamenti, hereditatem legitimam poſſederit: Maevio adverſus eum petitio hereditatis dari non debet pro parte, quam habiturus eſſet, ſi teſtamenti cauſa omiſſa non fuiſſet. Cum enim, omiſſo teſtamento, hereditas poſſidetur, legatorum quidem et libertatum ratio habenda eſt: quia aliter, quam ab herede, dari non potuerunt: hereditatis vero, quae ita data eſt, rationem habere praetor non debet. Sua enim culpa teſtator ſub hac conditione hereditatis partem dedit, quam potuit pure dare. Die Ausdehnung hätte freylich durch kaiſerliche Reſcripte auch hieher geſchehen können. Sie war aber nicht geſchehen. Die Ausdehnung der Juriſten hingegen fand Schwierigkeit, weil der Fall von den übrigen ſo ſehr verſchieden war.

§. 1004. Da der Grund der Entſcheidung unſerer Stelle darin beſtand, daß der Teſtaments Erbe, welcher ab inteſtato die Güter an ſich genommen, dem Cajus nichts zu geben hatte, ſondern dieſem blos directe

und bedingt etwas von der Erbſchaft zugedacht war; ſo konnte das Edikt auch auf den Fall nicht ausgedehnt werden, wenn Cajus ein Knecht des Erblaſſers war, und dieſem unter Bedingung, daß Titius Erbe würde, nebſt einem Theil der Erbſchaft, die Freyheit ausdrücklich oder ſtillſchweigend gegeben war. Die Freyheit dependirte von der Erbeinſetzung. Wenn dieſe, wegen ausfallender Bedingung, nicht bey Kräften blieb, ſo erloſch die vermachte Freyheit zugleich mit. L. 22. §. 1. Si quis omiſſ. cauſ. teſt. Quare et ſi ita ſcriptum fuiſſet: Titius heres eſto: Quisquis mihi ex ſupra ſcriptis heres erit, Stichus liber heresque eſto, et Titius, omiſſo Teſtamento, hereditatem poſſideat, libertatem Stichi praetor tueri non debet, nec hereditatis petitionem ei dare.

§. 1005. Daß übrigens das prätoriſche Edikt, mit allen ſeinen Ausdehnungen, und da gebraucht werden konnte, wo ein Soldat ein militariſches Teſtament gemacht hatte, verſtand ſich von ſelbſt. Dies ſonſt mehr, als andere letzte Willens Meynungen, privilegirte Teſtament, würde hier andern gemeinen Teſtamenten nach geſtanden haben, wenn man die prätoriſche Verordnung darauf nicht hätte anwenden wollen. L. 17. §. 3. de teſtam. mil. Si pater a filiofamilias milite ex caſtrenſi peculio heres inſtitutus, omiſſa cauſa teſtamenti, aliquid ex peculio poſſidebit, dolove malo fecerit, quo minus poſſideret: datur in eum legatorum actio.

Vierter Abſchnitt.

Teſtamentum inofficioſum.

Erſter Abſatz.

Natur der Jnofficioſitäts-Klage und Perſonen, die ſich ihrer bedienen.

§. 1006. Begriff des teſtamenti inofficioſi. §. 1007. Auch gehörten dahin die Fälle, wo rechtmäſſige Urſachen der Ausſchlieſſung im Teſtamente angeführt, aber nicht erweislich waren. §. 1008. Das Teſtament muſte nicht an ſich ungültig ſeyn. §. 1009. Man bediente ſich bey der Klage des Vorgebens des verlohrnen Verſtandes. §. 1010. Urſprung der Jnofficioſitäts-Klage. §. 1011. Neuere Einſchränkung dieſer Klage, und Fälle, wo ſie noch ſtatt findet. §. 1012. Die Legitimation der Perſon kann mit der Jnofficioſitäts-Beſchwerde zugleich ausgemacht werden. §. 1013. Bonorum poſſeſſio Carboniana iſt damit nicht zu verbinden. §. 1014. Die Querel richtet ſich nach der Ordnung, wie die Pflichttheils Berechtigten ab inteſtato auf einander folgen, und wenn ſie vor der Zeit und Ordnung gebraucht iſt, hilft ſie nichts. §. 1015. Wenn der Nächſtberechtigte ausfällt, tritt der folgende ein. §. 1016. Wer zu Erben ernannt iſt, hat keine Querel. §. 1017. Strafe desjenigen, der hier doch die Querel gebraucht. §. 1018. Bonorum poſſeſſio litis ordinandae. §. 1019. Die Querel iſt eine Erbſchafts-Klage. §. 1020. Jnofficioſitäts-Beſchwerde kann als Klage und als Exception gebraucht werden. §. 1021. Vom Edictio ſucceſſorio in der Querel. §. 1022. Deſſen Einſchränkung. §. 1023. Concurrenz anderer Rechtsmittel mit der Querel. §. 1024. Wenn jene ſchon gebraucht, bleibt dieſe noch übrig und umgekehrt. §. 1025. Ius accreſcendi in der Querel. §. 1026. Beſonders, wenn Eltern mit Geſchwiſtern concurriren. §. 1027. Die Querel geht, ohne ſchon geſchehene Einleitung nicht auf die Erben. §. 1028. Bedrohung mit der Querel iſt ſchon als Einleitung anzuſehen. §. 1029. Fall, wo ohne Einleitung die Querel auf die Erben geht. §. 1030. Von Er-

Erhebung der Querel, wenn der Ausgeſchloſſene unter väterlicher Gewalt ſtand. §. 1031. Des ernannten Erbens Erbe hat die Querel.

§. 1006.

Von den anfänglich ungültigen oder in der Folge ungültig werdenden Teſtamenten ſind unterſchieden, haben aber mit letztern eine Aehnlichkeit, diejenigen, welche man Teſtamenta inofficioſa nennt, und diejenigen, deren Erben die Erbſchaft, als unwürdigen Perſonen entzogen wird. Es iſt daher nöthig, von beyden hier noch zu reden. Ein unbilliges, Pflichtwidriges Teſtament, war dasjenige, worin die, welchen man den Pflichttheil ſchuldig war, auf eine ſolche Art davon ausgeſchloſſen waren, daß wider die Form des Teſtaments nichts eingewandt werden konnte, aber dennoch der Erblaſſer die Beſchuldigung verdiente, daß er ohne rechtmäſſige Urſache die Ausſchlieſſung vorgenommen habe. Die Erwähnung des Pflichttheils geſchieht um des neuen Rechtes willen. Denn an ſich iſt die Inofficioſitäts-Klage älter, als der Pflichttheil, aber ſie wurde ſchon von Anfange hauptſächlich von denen erhoben, denen hernach ein gewiſſer Pflichttheil beygelegt worden. Chiflet de portion. legit. Ott. Theſ. Tom. 5. p. 727. Paul Rec. ſent. L. 4. tit. 5. §. 1. Inofficioſum dicitur teſtamentum, quod fruſtra liberis exheredatis, non ex officio pietatis videtur eſſe conſcriptum. Fruſtra heiſt, ohne rechtmäſſige Urſachen, und ſo, daß nach Pflicht und Billigkeit die Ausſchlieſſung nicht beſtehen kann. Daß nicht blos bey Kindern, ſondern auch bey andern Pflichttheilserben, die Inofficioſität vorkam, lehren die oben bey den Perſonen, welche Pflichttheil haben, da geweſenen Stellen.

§. 1007.

§. 1007. Weil an ſich wider das Teſtament nichts einzuwenden ſeyn muſte; ſo gehörten hieher beſonders auch die Fälle, da der Erblaſſer bey der Ausſchlieſſung ſogar rechtmäſſige Urſachen angeführt, ſolche aber unerweißlich und erdichtet waren. L. 3. de inoff. teſt. Inofficioſum teſtamentum dicere, hoc eſt, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit. Quod plerumque accidit, cum falſo parentes inſtimulati, liberos ſuos vel exheredant, vel praetereunt.

§. 1008. Denn zur Inofficioſität gehörte eigentlich, daß das Teſtament nicht an ſich ungültig war. L. 2. ff. de inoff. teſt. Hoc colore de inofficioſo teſtamento agitur, quaſi non ſanae mentis fuerunt, vt teſtamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quaſi vere furioſus vel demens teſtatus ſit, ſed recte quidem fecit teſtamentum, ſed non ex officio pietatis. Nam ſi vere furioſus eſſet, vel demens, nullum eſt teſtamentum.

§. 1009. Dieſe Stelle lehrt auch die Art und Weiſe, wie die Inofficioſitäts-Klage eingeführt worden, nemlich man führte in den Gerichten an, der Verſtorbene müſſe nicht bey geſundem Verſtande geweſen ſeyn, weil er ſo unbillig die nächſten Freunde von ſeinem Nachlaß ausgeſchloſſen hätte. Man nahm den Mangel des Verſtandes blos um dieſer Erſcheinung Willen an. Der Richter ſahe wohl, daß daraus kein würklicher Unſinn folgte. Aber um den nahen Verwandten gefällig zu ſeyn, ließ er ſich die Verordnung gefallen. Hievon redet auch pr. J. de inoff. teſt. Quia plerumque parentes ſine cauſa liberos ſuos exheredant, vel omittunt, inductum eſt, vt de inofficioſo teſtamento agere poſſunt liberi, qui queruntur, aut inique ſe exheredatos aut inique praeteritos: hoc colore, quaſi non ſanae mentis fuerint, cum teſtamentum ordinarent. Sed hoc dici-

dicitur, non quaſi vere furioſus ſit, ſed recte quidem teſtamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam ſi vere furioſus ſit, nullum teſtamentum eſt. Einige meynen, daß nach der Nov. 115, c. 3. der color furoris bey der Inofficioſitäts-Klage aufgehoben ſey. Bynkersh. Obſ. L. 2. c. 12. Ich finde aber dazu keinen Grund, indem dieſe Novelle in dem Weſen der Klage nichts geändert, ſondern ſie nur eingeſchränkt. Breuning an ſuperſ. cauſa odii in quer. inoff. Toullieu Collectan. Diſſ. VI. de quer. inoffic. Schulting de teſtam. reſciſſ. Woltaer de teſtam. inoff. Reinh. de quer. nullit. et inoff. diff. Kaeufling. Error. c. quer. inoff. teſt. Dorn. Singularia. quer. inoff. Boeeler, de Witt, v. d. Staal, v. Slingeland, Hennemann, Graflânt, Felz, v. Swieten, Schlegtenda, Michelet, Baert, Roscam. de inoff. teſt. Raet, Wasmuth, Hartmann, Timmers, Dierquens, a Kerchem, Ruyter, a Meerdervoort, Streengracht, Duywens, dito, Klad Sel. quaeſt. ex tit. de inoff. teſt. Paelike de error. quibusd. c. quer. de inoff. teſt. Schorch. quaeſt. ſpec. c. teſtam. inoff. Gerdes de vſu pract. quer. inoff. Finiſtres de et a Monſalvo comm. ad tit. ff. de inoff. teſt. et de vulg. et publ. ſubſt. de Schepper, de teſtam. inoff. ejusque quaer. de Winkler de diff. int. teſt. null. et inoff.

§. 1010. Man nimmt mit Grunde an, daß die Inofficioſitäts-Klage blos durch den Gerichts Gebrauch üblich geworden, ohne daß ein beſonderes Geſetz dieſelbe eingeführt. Cujacius hat einen Legem Gliciam, als deren Urſprungs angeben wollen. Er hat ſolche aus der Inſchrift des L. 4. de inoff. teſt. hergeleitet, worin Panciroll. Var. lect. Ipr. R. et A. Tom. 3. p. 11. 43. mit ihm überein kommt. Aber die ganze Natur dieſer Klage zeigt die Erfindung von Juriſten und dem Gerichtsbrauche. Sie kommt ſchon vor Tiberio vor, und iſt wahrſcheinlich älter, als die beſtimmte Summe des Pflichttheils.

Daß

Daß der Pflichttheil erſt durch den L. Falcid. eingeführt worden, ſehe man bey v. de Water Obſ. L. 1. c. 11. Die Querel, meynt dieſer Verfaſſer, ſey zur Zeit der Republik noch nicht mit dem colore furoris verbunden geweſen. Gegen die Zeiten des Cäſar und Auguſtus ſey er erſt hinzugekommen. Von einem L. Glicia iſt ſonſt nichts weiter bekannt, und es hat vermuthlich dergleichen Geſetz nicht gegeben. Die Ueberſchrift des L. 4. ff. de inoff. teſt. iſt ein bloſſer Fehler. Im Indice Florentino kommt kein Buch des Cajus ad L. Gliciam vor. Einige Mſpte haben: Maximus ad L. Falcid. deſſen der Index erwähnt, und der auch L. 125. de Leg. 1. vorkommt. Andre Mſpt. haben den Namen Gallus, ingleichen ad L. Liciam Lenticam, Leuticam. Bynkersh. Obſ. L. 2. c. 1. Lovard de ver. orig. quer. inoff. teſt. ex L. Glicia vertheidigt die Meynung, daß würklich die Querel aus dem L. Glicia ſich herſchreibe, da einige Stellen zu erkennen gäben, daß durch Geſetze die Querel eingeführt worden. Er vertheidigt auch die Inſchrift: Cajus ad L. Glic. und nimmt den Cajus, von dem die Inſtitutionen ſind, etc. zum Verfaſſer an. Die Auslaſſung im Ind. Flor. hindere nichts, weil in ſolchem viel mehrere Schriften fehlten. Der wahre Verfaſſer ſey M. Claudius C. F. Glicia der a. v. c. 504. Dictator geweſen und a. v. c. 515. und 516. als tribunus plebis, dieſes Geſetz zu ſtande gebracht. Lovard giebt ſo gar die Formel an, wie das Geſetz gelautet. Es beruht aber alles auf bloſſen Vermuthungen. Gaſſer de orig. quer. inoff. teſt. Die Klage beruhete übrigens auf der Billigkeit, weil für den nächſten Verwandten mit Recht zu ſorgen war. L. 4. ff. de inoff. teſt. Non eſt enim conſentiendum parentibus, (qui) injuriam adverſus liberos ſuos teſtamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa ſanguinem ſuum inferentes judicium, novercalibus delinimen-

nimentis inſtigationibusve corrupti. Sie iſt eine Art von Erbſchafts-Klage Vinn. Obſ. Sel. L. 1. c. 19.

§. 1011. Juſtinian hat, weil er die Form der Ausſchlieſſung der Pflichttheils-Intereſſenten ſehr geändert, dadurch den Gebrauch der Inofficioſitäts-Klage in vielen Fällen aufgehoben, worin ſie ehemals ſtatt fand. Es iſt davon ſchon oben bey Nov. 115. geredet worden. Eckhart de quer. inoff. int. par. et lib. evaneſc. Schneid ditto. Es bleibt bey Deſcendenten der Fall, ſolche zu gebrauchen, nur alsdenn übrig, wenn ſie enterbt, oder, wo es geſchehen kan, übergangen ſind, und zugleich eine geſetzliche Urſache der Enterbung oder Uebergehung dabey ausgedruckt, ſolche aber falſch iſt. Bey Aſcendenten hat es gleiche Beſchaffenheit. Auch wird erfordert, daß die Ausſchlieſſung vom ganzen Pflichttheil geſchehen ſeyn muß. Iſt nur ein Theil der Legitimae titulo inſtitutionis verlaſſen, ſo hat actio ſuppletoria ſtatt. Bey Geſchwiſtern iſt die Inofficioſität vorhanden, wenn keine wahren und geſetzlichen Urſachen der Enterbung ſich finden, ſie mögen im Teſtamente ſtehen oder nicht, genug, daß die Geſchwiſter unbillig enterbt oder übergangen ſind.

§. 1012. Derjenige, welcher ſich dieſer Klage bedienen will, muß wirklich ein ſolcher ſeyn, dem Pflichttheil gebührt. War das aber auch noch nicht ausgemacht, ſo konnte dieſer Punkt zugleich mit dem Inofficioſitäts-Punkte ausgemittelt werden. L. 27. §. 1. de inoff. teſt. Ei, qui ſe filium ejus eſſe adfirmat, qui teſtamento id denegavit, tamen eum exheredavit, de inofficioſo teſtamento cauſa supereſt.

§. 1013. Nur die bonorum poſſeſſio ex edicto Carboniano war, um die Inofficioſitäts-Klage zu präpariren, nicht zuläſſig. L. 20. de inoff. teſt. Qui de inofficioſo vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum poſſeſſionem non debet accipere. Toties enim ea indulgenda eſt, quoties ſi

vere

vere filius eſſet, heres eſſet, aut bonorum poſſeſſor: vt interim et poſſideat, et alatur, et actionibus praejudicium non patiatur. Qui vero de inofficioſo dicit, nec actiones movere debet, nec aliam vllam, quam hereditatis petitionem exercere, nec ali: ne vmquam melioris ſit conditionis, quam ſi confitetur adverſarius. Die bonorum poſſeſſio ex edicto Carboniano präparirte nur die bonorum poſſeſſionem vnde liberi et contra tabulas und andere Rechtsmittel, wo das Kind, deſſen Geburt beſtritten wurde, ohne ſolchen Streit Erbe geweſen ſeyn würde. Bey der Inofficioſitäts-Klage war das Kind enterbt, würde alſo an ſich nicht geerbt haben, wenn gleich nichts gegen die Geburt eingewandt worden wäre. Daher konnte dies Carbon. Edict., ſo ordentlicher Weiſe inſtitutis und exheredatis nicht zu ſtatten kam, hier nicht gebraucht werden. Wenn der Vater ein Kind um des willen enterbt hatte, weil es unächt ſey, war es anders L. 14. §. vlt. et L. ſeq. de lib et poſt. Unterweilen kam es auch den Inſtitutis zu ſtatten. Altamir. ad quaeſt. Scaev. Meerm. Theſ. Tom. 2. p. 388. cf. de Retes bey Meerm. l. c. Tom. 6. p. 533. Actionibus praejudicium non patiatur, heiſt: daß die dem Erben zukommenden Klagen, welche, während des Streits über die Geburt erlöſchen könnten, von dem Kinde erhoben werden mögen. Nec actiones movere debet, heiſt: hat dergleichen Klagen, wobey er an ſich Erbe iſt, nicht, oder: es braucht nicht, die dem Erben zukommenden Klagen interimsweiſe anzuſtellen, weil ſie während des Inofficioſitäts-Proceſſes ohnedem keiner Verjährung unterworfen ſind. Nec aliam vllam etc. er kann nur blos auf die Hereditatis petition mit ſeinem Inofficioſitäts-Geſuche los arbeiten und braucht blos dieſes zu thun, weil an andern Klagen keine Verjährung indeß zu beſorgen iſt, daß alſo nicht nöthig, die dem Erben zukommenden Klagen einsweilen in Bewegung zu bringen. Wenn der Gegner ein-

einräumte, daß der Enterbte ein Sohn des Verſtorbenen ſey, aber die Enterbung dennoch, als aus wahren rechtmäſſigen Urſachen geſchehen, vertheidigte; ſo würde der Enterbte keine Interims-Alimente erhalten. Alſo muß er ſie auch durch das Carbonianiſche Edikt nicht bekommen, wenn ihm die Geburt bezweifelt wird.

§. 1014. Der Ausgeſchloſſene muß der nächſte zum Pflichttheil ſeyn, oder wenn er es nicht iſt, muß der vorgehende ſich ſeines Anſpruches begeben haben, oder ſchon abgewieſen ſeyn. Sollte der Kläger gar nicht zu denen gehören, denen Pflichttheil gebührt, oder nicht der nächſte dazu ſeyn, und doch die, ſo ihm vorgehen, von der Klage noch nicht abgekommen ſeyn; ſo hilft ihm der Gewinn des Proceſſes nicht. Das Teſtament wird zwar aufgehoben, und es tritt cauſa inteſtati ein; aber nicht er, ſondern der, welchem die Klage, ſtatt ſeiner, und vor ihm, zuſtand, erhält das Vermögen. L. 6. §. 1. de inoff. teſt. Si quis ex his perſonis, quae ad ſucceſſionem ab inteſtato non admittuntur, de inofficioſo egerit, (nemo enim repellit) et caſu obtinuerit, non ei proſit victoria ſed his, qui habent ab inteſtato ſucceſſionem. Nam inteſtatum patremfamilias facit. Nemo enim repellit: heiſt: es iſt etwa Niemand vorhanden, der dem Kläger widerſpräche, und ſeinen Vorzug vor ihm geltend machte.

§. 1015. Iſt aber der Fall ſo, daß die dem Kläger vorhergehenden ſchon von der Klage abgekommen ſind, und ein Nachfolgender in der Ordnung will das Teſtament ganz oder zum Theil angreifen, ſo ſteht ihm ſolches nicht nur frey, ſondern er gewinnt dann auch den Proceß für ſich. So verſtehe ich L. 25. §. 1. de inoff. teſt. Si quis, cum non poſſit de inofficioſo queri, ad querelam admiſſus, pro parte reſcindere teſtamentum tentet, et vnum ſibi heredem eligat, contra quem,

in-

inofficioſi querelam inſtituat, dicendum eſt, quia teſtamentum pro parte valet, et praecedentes eum perſonae excluſae ſunt, cum effectu eum querelam inſtituiſſe. Daß die vorhergehenden von der Klage abgekommen, lehren die Worte: et praecedentes eum perſonae excluſae ſunt. Daß der Folgende klagen könne und für ſich gewinnen, ſagen die Worte: cum effectu eum querelam inſtituiſſe. Wenn der Folgende das Teſtament nur zum Theil anfechtete, ſo war ſolches nur von ohngefähr, weil ſich der Fall eben ſo traf. Auf den Umſtand kommt nichts an. Die Entſcheidung konnte vernünftiger Weiſe nicht anders ſeyn, wenn auch der Fall nicht juſt ſo geweſen, ſondern das ganze Teſtament angefochten worden wäre. Quia teſtamentum pro parte ſoll nur das rechtfertigen, daß der Kläger das Teſtament zum Theil angefochten. Er konnte nicht anders, weil es zum andern Theil nicht angefochten werden konnte. Es war alſo weder unrecht, daß er ſich der Querel überhaupt unterfieng, quia praecedentes erant excluſi, noch daß er das Teſtament nur zu einem Theile angriff, nam pro parte teſtamentum valebat.

§. 1016. Nur der kann ſich der Inofficioſitäts-Klage bedienen, der von dem Nachlaß ſo ausgeſchloſſen iſt, daß man ihm auch den Pflichttheil nicht verlaſſen hat. Wer daher zu Erben, und beſonders zum Univerſalerben, ernannt iſt, von dem läßt ſich keine ſolche Klage gebrauchen. Paul. Rec. Sent. L. 4. tit. 5. §. 5. Filius ex aſſe heres inſtitutus inofficioſum dicere non poteſt. Nec intereſt, exhauſta necne ſit hereditas: cum apud eum quarta aut legis Falcidiae aut Senatusconſulti Pegaſiani beneficio ſit remanſura.

§. 1077. Sollte jedoch der, welchem die Erbſchaft verlaſſen, dem jedoch die ganze Erbſchaft als Fideicom-

miß, wieder abzuliefern, auferlegt worden, für gut finden, die Erbſchaft abzugeben, ſodenn aber den Fideicommiſſar-Erben mit dem Inofficioſitäts-Anſpruch anzugreifen; ſo hat er wenigſtens den Schaden davon, daß er, auſſer Verluſt des Prozeſſes, der Pegaſianiſchen oder nun Trebellianiſchen Quarte verluſtig wird, und ſolche der Fiſcus ihm als einen Unwürdigen entzieht. Paul. Rec. Sent. L. 4. tit. 5. §. 9. Rogatus hereditatem reſtituere, etſi inofficioſi querelam inſtituerit, fideicommiſſo non ſit injuria: quartam enim ſolum modo hereditatis amittit, quam beneficio ſenatusconſulti habere potuiſſet.

§. 1018. Weil die Emancipation und bloſſe Cognation dem Kläger zu Abforderung der Erbſchaft nach bürgerlichem Rechte im Wege ſtand, ſo muſten ſich emancipirte Kinder und Cognaten durch die vorher zu ſuchende und zu erhaltende bonorum poſſeſſionem litis ordinandae gratia zur Inofficioſitäts-Klage erſt den Weg bahnen L. 2. C. de inoff. teſt. Quamvis de inofficioſo teſtamento acturum te bonorum poſſeſſionem accepiſſe proponas, tamen ſcriptis heredibus auferri poſſeſſionem incivile eſt. Sie erhielten dadurch die Erbſchaft noch nicht, auch nicht deren Beſitz, ſondern nur eine nähere Legitimation zur Klage. Sui und legitimi hatten ſie nicht nöthig. Sie wird in mehrern Orten erwähnt, z. E. L. 8. pr. L. 6. §. 2. ff. de inoff. teſt. Daß es eine beſondere Art der bonorum poſſeſſion geweſen, zweifelt Cujacius, der ſie für nichts, als bonorum poſſeſſionem vnde liberi, vnde legitimi und vnde cognati hält cf. Averan. Interpret. L. 1. c. 8.

§. 1019. Die Querel iſt übrigens eine Art von Erbſchafts-Klage, keineswegs aber eine bloſſe Vorbereitung zu derſelben. Paul. Rec. Sent. L. 4. tit. §. 4. Qui inofficio-

cioſum dicere poteſt, hereditatem petere non prohibetur. Dies beſtärkt auch L. 8. §. 8. L. 20. de inoff. teſt. L. 3. C. de heredit. petit. L. 34. C. de inoff. teſt., wie davon Vinn. Sel. Quaeſt. L. 1. cap. 19. weitläuftig gehandelt hat.

§. 1020. Die Inofficioſitäts-Beſchwerde kann ſo wohl, als Klage, als auch, als Einwand, angebracht werden, nachdem der ſich Beſchwerende entweder ſchon in Beſitz der Erbſchaft iſt, oder nicht L. 8. §. 13. de inoff. teſt. Si filius exheredatus in poſſeſſione ſit hereditatis: ſcriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querelam inducat: quemadmodum ageret, ſi non poſſideret.

§. 1021. Obgleich nur demjenigen, welcher der nächſte zur Erbſchaft ab inteſtato iſt, und in der Maaſſe einen Pflichttheil zu fordern hat, die Klage zu ſtatten kommt; ſo iſt doch auch denen, welche nach dem nächſten Erben, einen Pflichtheil zu fordern haben, die Klage geſtattet, und zwar zuerſt dem Nächſtfolgenden, und dann denen, die nach dieſem die Reihe trift u. ſ. w. L. 14. de inoff. teſt. Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit. Emancipatus, ſuſcepto poſtea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita deceſſit. In quaeſtione de inofficioſi teſtamenti praecedenti cauſa filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quodſi contra filios judicatur, pater ad querelam vocatur, et ſuam intentionem implere poteſt. L. 31. pr. eod. Si is, qui admittitur ad accuſationem, nolit aut non poſſit accuſare; an ſequens admittatur, videndum eſt. Et placuit, poſſe: vt fiat ſucceſſioni locus. Das nennt man edictum ſucceſſorium. Reuter de effectu quer. inoff. teſt. juxt. ord. ed. ſucceſſor. Der Folgende ruckt in die Querel ein, wenn der Vorgehende, ſie nicht erheben will, oder kann, oder darin verlohren hat.

§. 1022. Daß nicht nur auf Kinder die Eltern, und auf dieſe die Geſchwiſter, wenn eine unehrliche Perſon im Teſtamente ſteht, ſondern auch auf Kinder die Enkel u. ſ. w. folgen, behaupten Vinnius und andere cf. Vinn. Sel. Quaeſt. L. 1. c. 20. Die entgegen ſtehenden Gründe ſind aber überwiegend. L. 2. §. 3. de lib. et poſtum. L. 6. pr. de injuſt. rupt. irrit. erklären ausdrücklich den Enkel, wo ein ausgeſchloſſener Sohn vorhanden, für einen Fremden. Selbſt das prätoriſche Recht hat gleiche Vorſtellung L. 4. §. 1. de bon. poſſ. contr. tab. Nicht weniger zeigt L. 34. C. de inoff. teſt. daß, wenn der enterbte Sohn den Vater überlebt, und vor Zubereitung der Querel geſtorben, der Enkel ſonſt gar keine Hülfe gehabt, nach dieſer Conſtitution aber ſolchen, jedoch blos in dem da vorkommenden Falle, geholfen werde, und zwar nicht ex propria perſona, ſondern ex perſona patris. Edictum ſucceſſorium hatte ſonſt nur bey der prätoriſchen Inteſtat-Succeſſion ſtatt. Juſtinian hat es auf die bürgerliche Inteſtat-Folge ausgedehnt. Bey der Teſtaments-Succeſſion fällt es weg. Die bey der Querel geſtattete Succeſſion eines Falles nach dem andern iſt auſſerordentlich, alſo ſtreng zu erklären. Man kann es alſo auch nicht ſagen, daß, wenn der Vater ſich der Querel nicht bedienen will oder kann, der Großvater eintrete. Cf. A. Faber Err. pragm. D. 29. E. 5.

§ 1023. Derjenige, welchem die Querel zuſteht, kann noch andere Rechtsmittel gegen die Ausſchlieſſung haben. Eigentlich ſoll, ſo lange ſich letztere finden, erſtere nicht gebraucht werden. Püttmann Inoff. quer. teſtam. remed. ſubſid. in Adverſar. L. 1. Es iſt dies ſchon oben zu Anfange dieſer Materie vorgekommen, und enthält davon ein Beyſpiel unter andern L. 4. C. de inoff. don. Si filius tuus immoderatae liberalitatis effuſione patrimonium ſuum exhauſit: Praeſidis provinciae

vinciae auxilio vteris: qui diſcuſſa fide veri, ſi in integrum reſtitutionem ex filii perſona tibi competere ob improbabilem donationis enormitatem animadverteret, in removendis his, quae perperam geſta ſunt, tibi ſubveniet. Ideoque non eſt tibi neceſſarium adverſus immodicas donationes auxilium ad inſtar inofficioſi teſtamenti. Wenn gegen die Schenkung, welche den Pflichttheil verletzt, der Vater, als Erbe ſeines Sohnes, die Wiederherſtellung in den vorigen Stand erlangen kann; ſo braucht er ſie nicht, als Vater, wegen verletzten Pflichttheils anzufechten.

§. 1022. Sollte inzwiſchen der Ausgeſchloſſene in ſolchem Falle, wo mehrere Rechtsmittel vorhanden ſind, die Inofficioſitäts-Klage gewählt haben; ſo ſind ihm, wenn er darin verlohren, noch die andern Rechtsmittel übrig. Eben ſo kann er auch, wenn er ein anderes Rechts-Mittel gebraucht, und darin abgewieſen worden, noch immer die Inofficioſitäts-Klage ergreifen. L. 8. §. 12. de inoff. teſt. Si quis (et) irritum dicat teſtamentum, vel ruptum, et inofficioſum, conditio ei deferri debet, vtrum prius movere volet. L. 14. C. eod. Eum, qui inofficioſi querelam delatam non tenuit, a falſi accuſatione non ſubmoveri placuit. Idem obſervatur et ſi e contrario falſi crimine inſtituto victus, poſtea de inofficioſo actionem exercere maluerit. L. 16. C. eod. Contra majores viginti quinque annis duplicem actionem inferentes, primam, quaſi teſtamentum non ſit jure perfectum; alteram quaſi inofficioſum, licet jure perfectum, praeſcriptio ex prioris judicii mora quinquennalis temporis non naſcitur, quae officere non ceſſantibus non poteſt. Püttmann ad L. 16. C. de inoff. teſt. Man kann dem Ausgeſchloſſenen nicht ſchlechthin die Wahl nehmen, da, wo auch die Querel ſtatthaft zu ſeyn ſcheint, eine andre Klage, und wo eine andere paſ-

ſender ſcheinen möchte, die Querel zu wählen. Es kommt hier nicht auf anderer Leute, ſondern ſeine eigene Einſicht an. Auf ihn fällt Gewinn und Verluſt. Querelam delatam non tenuit in L. 14. C. iſt ſo viel, als: in querela delata non obtinuit. In L. 16. C. iſt der Sinn: Wenn eine doppelte Klage vorhanden iſt, nemlich eine auf die Ungültigkeit, und eine auf die Inofficioſität des Teſtaments gerichtete Klage, welche beyde paſſend zu ſeyn ſcheinen, und der Kläger wählt die erſtere, verliehrt aber den Prozeß, ſo kann er die letztere noch beſonders anſtellen, obgleich die bey dieſer letztern Klage geſetzte Friſt zur Anſtellung auf 5 Jahre bereits verſtrichen, und der Kläger majorenn iſt. Denn die Zeit, da der Nichtigkeits-Prozeß obſchwebte, wird nicht gerechnet, weil in der Zeit die Inofficioſitäts-Klage nicht erhoben werden konnte.

§. 1025. Der Kläger iſt entweder ein einziger, oder es ſind deren mehrere. Wenn mehrere vorhanden ſind, die klagen konnten, weil ſie ausgeſchloſſen ſind, und einer und der andere derſelben klagt nicht; ſo iſt die Frage, ob deſſen Antheil dem Klagenden mit zuwachſe. Dieſe Frage iſt dahin zu beantworten, daß wenn einer oder der andere ſich an die Klage nicht wagen will, ſondern ſich derſelben ganz begiebt, oder, weil er nach den Umſtänden für ſich nichts ausrichten kann, derſelben ſich zu begeben genöthigt iſt, oder ſolche ſchon durch Verjährung oder Erkänntniß verlohren hat; deſſen Antheil dem andern Klagenden mit zuwachſe. Auſſerdem aber nicht. Hommel victor. quer. inoff. tertio profic. Breuning an juſte exhered. ſucced. reſciſſ. patr. teſtam. filio altero inique exhered. Reuter de effectu quer. inoff. teſt. intuitu non querent. Der eine Theil kann nur ſeine ratam, den noch nicht zur Klage aufgetretenen mit eingerechnet, fordern, ſo lange dieſer noch Antheil zu nehmen berech-

berechtiget iſt. L. 16. pr. de inoff. teſt. Filio, qui de inofficioſo matris teſtamento contra fratrem inſtitutum de parte ante egit et obtinuit: filia quae non egit, aut non obtinuit, in hereditate, legitima fratri non concurrit. L. 17. pr. eod. Qui repudiantis animo non venit ad accuſationem inofficioſi teſtamenti, partem non facit his, qui eamdem querelam movere volunt. Vnde ſi de inofficioſo teſtamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia reſciſſo teſtamento, alter quoque ad ſucceſſionem ab inteſtato vocatur, et ideo vniverſam hereditatem non recte vindicaſſet: hic ſi obtinuerit, vteretur rei judicatae autoritate: quaſi centumviri hunc ſolum filium in rebus humanis eſſe nunc, cum facerent inteſtatum crediderint L. 23. §. 2. eod. Si duo ſint filii exheredati, et ambo de inofficioſo teſtamento egerunt, et vnus poſtea conſtituit non agere, pars ejus alteri accreſcit. Itemque erit, et ſi tempore excluſus ſit. In L. 16. iſt bey de parte in Gedanken: dimidia beyzufügen. Vor fratri muß man vt einſchalten, ſonſt iſt kein deutlicher Sinn vorhanden. Man muß annehmen, daß die Tochter ſich animo repudiandi nicht zur Klage gemeldet hat. In L. 17. iſt der Fall, da ein Fremder zu Erben ernannt, und die beyden Söhne enterbt worden. Hier hätte zwar der eine Sohn nur pro parte klagen ſollen, (vniverſam hereditatem non recte vindicaſſet). Wenn aber der eine Sohn ſich der Klage begeben (qui repudiantis animo non venit ad accuſationem), daher der andere auf die ganze Erbſchaft aus dieſem Grunde geklagt, und die ganze Erbſchaft zugeſprochen erhalten; ſo kann der erſtere an dem Gewinnſte nicht Antheil nehmen wollen. Cf. Vinn. Quaeſt. Sel. L. 1. c. 21.

§. 1026. Nach dieſer Analogie läßt ſich ſchlieſſen, daß, wenn Eltern und Geſchwiſter vorhanden, und beyde unbillig ausgeſchloſſen ſind, eine anſtändige Perſon

aber Teſtaments Erbe iſt, die Eltern die Querel auf den ganzen Nachlaß richten können, obgleich die Geſchwiſter ab inteſtato neben ihnen neuerlich erben. Denn hier iſt der Fall, wo dieſe zur Querel unfähig ſind. Ihr Antheil wächſt daher den Eltern zu.

§. 1027. Der Ausgeſchloſſenen ihre Erben können dieſe Klage, welche ihre Erblaſſer noch nicht rege gemacht, nicht erheben, da ſie an ſich nicht auf des Klägers Erben geht. Walch de tranſ. quer. inoff. ad hered. Wenn aber der Erblaſſer ſolche ſchon zubereitet und angefangen hat, ſo wird von den Erben da fortgefahren, wo es der Erblaſſer gelaſſen. L. 6. §. 2. de inoff. teſt. Si quis inſtituta accuſatione inofficioſi deceſſerit: an ad heredem ſuum querelam transferat? Papinianus reſpondit, (quod et quibusdam reſcriptis ſignificatur) ſi poſt agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſerit, eſſe ſucceſſionem accuſationis. L. 5. C. eod. Si pater tuus poſt litem conteſtatam, vel poſtquam propoſitum habuiſſet, inofficioſum fratris teſtamentum dicere, te herede relicto deceſſit: cauſam coeptam vel quocunque modo illi placitam exſequi non prohiberis. Die bonorum poſſeſſio, welche L. 6. §. 2. erwähnt wird, iſt die oben vorgekommene bonorum poſſeſſio litis ordinandae gratia. Sie war freylich ſchon ein Anfang der zu erhebenden Klage. Das propoſitum in L. 5. C. muß mit einigen Anſtalten verknüpft ſeyn, quia propoſitum in mente retentum nihil operatur. Der Vorſatz muß geäuſſert, erklärt und bekannt gemacht ſeyn.

§. 1028. Die Pandecten machen einen Unterſchied zwiſchen einem Suo und Emancipato. Bey jenem legen ſie ſchon der Drohung zu klagen die Würkung der Präparation bey, bey dieſem nicht. Der Codex ſcheint l. c. dieſen Unterſchied aufgehoben und der Drohung allgemein

mein die Würkung einer Zubereitung beygelegt zu haben. L. 7. de inoff. teſt. Quemodmodum praeparaſſe litem quis videatur, vt poſſit transmittere actionem, videamus. Et ponamus in poteſtate fuiſſe eum, vt neque bonorum poſſeſſio ei neceſſaria, et aditio hereditatis ſupervacua ſit. Is ſi comminatus tantum accuſationem fuerit, vel vſque ad denunciationem, vel libelli dationem proceſſerit, ad heredem ſuum accuſationem transmittet. Idque divus Pius de libelli datione et denunciatione reſcripſit. Quid ergo, ſi in poteſtate non fuerit? An ad heredem actionem transmittat? Et recte videtur litem praeparaſſe, ſi ea fecerit, quorum ſupra mentionem habuimus. Das Ende bezieht ſich auf L. 6. §. 2. eod. Die Inſchrift dieſer Stelle: de Septemviralibus judiciis iſt vermuthlich falſch, und ſoll es centumviralibus heiſſen. Für die Centumviros gehörte die Querel, Septemviralia judicia ſind unbekannt.

§. 1029. Ohne ſchon gemachte Zubereitungen und Aeuſſerungen gieng alſo dieſe Klage nicht auf die Erben, nicht einmal auf die Nachkommen des Ausgeſchloſſenen. Bey dieſen machte jedoch Juſtinian eine Ausnahme in dem Falle, wenn der Ausgeſchloſſene während der Zeit ſtarb, da der ernannte Erbe ſich wegen Antretung der Erbſchaft annoch beſann. L. 34. C. de inoff. teſt. Si quis filium ſuum exheredatum fecerit, alio ſcripto herede; reliquerit autem ex eo nepotem (vel vivum, vel in ventre nurus ſuae conſtitutum) deliberante vero ſcripto herede, filius (exheredatus) deceſſerit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioſo conſtituta, vel praeparata; omne adjutorium nepotem dereliquit. Neque enim pater nepoti aliquod jus, cum deceſſerit, contra patris (ſui) teſtamentum dereliquit: quia poſtea et adita eſt ab extraneo hereditas, et ſupervixit avo pater ejus, vt neque ex lege Velleja poſſit in locum

locum patris ſui ſuccedere et reſcindere teſtamentum. Et hoc nonnulli juriſconſulti in medium proponentes inhumane reliquerunt. Sed nos (qui omnes ſubjectos noſtros et filios et nepotes habere exiſtimamus affectione paterna et imitatione) ſecundum quod poſſibile eſt, omnium commodis proſpicientes, jubemus, in tali ſpecie eadem jura nepoti dari, quae filius habebat: etſi praeparatio facta non eſt ad inofficioſi querelam inſtituendam, tamen poſſe nepotem eamdem cauſam proponere. Et ſi non heres apertiſſimis probationibus oſtenderit, ingratum patrem nepotis circa teſtatorem fuiſſe, teſtamento remoto, ab inteſtato eum vocari, niſi certa quantitas patri ejus minor parte legitima relicta eſt. Tunc et enim ſecundum novellam noſtri numinis conſtitutionem repletio quartae partis nepoti ſupereſt, ſi qua patri ejus competebat, vt perfruatur noſtro beneficio a vetuſtate quidem neglectus a noſtro autem vigore recreatus, niſi pater adhuc ſuperſtes, vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, ſcilicet poſt aditam hereditatem. Peſtel Pr. de diff. quer. inoff. teſt. et cond. ex L. 34. C. de inoff. teſt. Vor Juſtinian war alſo auch der Enkel in dieſem Falle nicht zu der Querel zuzulaſſen, nachdem der Sohn geſtorben. Nach dem L. Iun. Velleja konnte er nicht einrücken, weil dieſe Einrückung in die Materie der Nullität, nicht der Inofficioſität, gehörte, und dieſes Geſetz erfoderte, daß der Sohn bey Leben des Vaters verſtarb. Et ſi non heres ſcheint anzuzeigen, daß der Beweis wegen rechtmäſiger Enterbung ſchon ſonſt dem eingeſetzten Erben obgelegen, wenn nicht oben ein anderes vorgekommen. Wenigſtens vor dieſer Conſtitution war es nicht ſo. Die novella Conſtitutio deren erwähnt wird, iſt L. 30. C. de inoff. teſt. A vetuſtate neglectus, weil nemlich der Enkel ſonſt nicht in die Querel nach des Vaters Tode einrückte. Hat der Erblaſſer ſich der Querel begeben, oder ſie iſt bey ſei-

nem

nem Leben verjährt, ſo kann der Erbe ſolche nicht wieder rege machen.

§. 1030. Der Sohn, welcher unter väterlicher Gewalt ſtand, konnte die Klage wenigſtens ehemals, ohne Einwilligung des Vaters nicht erheben. Umgekehrt durfte aber auch der Vater ohne des Sohns Einwilligung ſie nicht anhängig machen, weil es hier auf die Beleidigung des Sohns und deſſen Empfindung ankam. War ſie bey Leben des Sohnes ſchon zubereitet, ſo gieng ſie doch nicht auf den Vater, der jure peculii ſeines Sohnes Güter bey deſſen Abſterben bekam, über, weil der Vater nicht als Erbe ſeines Sohnes in dieſem Falle angeſehen wurde. L. 8. pr. de inoff. teſt. Papinianus lib. v. Quaeſtionum recte ſcribit, inofficioſi querelam patrem filii ſui nomine inſtituere non poſſe invito eo. Ipſius enim injuria eſt. Sequenti loco ſcribit, ſi filius poſt agnitam litis ordinandae gratia bonorum poſſeſſionem deceſſerit, finitam eſſe inofficioſi querelam, quae non patri, ſed nomine dabatur filii. Weil aber nach dem neueſten Rechte der Vater den Kindern in adventitiis als Erbe ſuccedirt, ſo lehrt Voorda Interpret. c. 37. daß ſich die Verordnung dieſer Stelle neuerlich dadurch geändert habe.

§. 1031. Der Ausgeſchloſſene konnte auch alsdenn die Querel gebrauchen, wenn er des eingeſetzten Erbens Erbe geworden. L. 31. §. 2. de inoff. teſt. Si heres exſtiterim ei, qui eo teſtamento inſtitutus eſt, quod de inofficioſo arguere volo, non mihi nocebit: maxime ſi eam portionem non poſſideam, vel jure ſuo poſſideam. Hier iſt aber erforderlich, daß der Erbe des Teſtaments, welchen ich beerbt habe, nicht Univerſalerbe geworden. Wäre er

es

es geworden, ſo hätte ich keinen Gegner. Iſt er es aber z. E. nur zur Hälfte geworden, ſo iſt die andere Hälfte der Erbſchaft in den Händen des Miterben. Gegen dieſen klage ich alſo. Das wollen die Worte: maxime ſi eam portionem non poſſideam, nemlich de qua ago, ſed eam poſſideat alter coheres ejus, cui ſucceſſi. Eben dies würde zu ſagen ſeyn, wenn mein Erblaſſer zwar des Enterbers Univerſalerbe geworden, aber ich meinen Erblaſſer nur zur Hälfte beerbt hätte. Hier ſteckte denn des Enterbers Nachlaß ebenfalls zur Hälfte in meines Miterben Antheil an meines Erblaſſers Vermögen. Daß ich des Teſtaments Erbens Erbe geworden, iſt keine Anerkennung des Teſtaments. Die Erbſchaft, die mein Erblaſſer gethan, und die, ſo ich thue, ſind von einander ganz verſchieden, und hangen nicht von einander ab. Ich kann alſo meines Erblaſſers Erbe werden, ohne daß dies in die Teſtaments-Erbſchaft, ſo er gethan, Einfluß hat. Die Worte: vel jure ſuo poſſideam haben A. Fabern Schwierigkeit gemacht. Er hält ſie für verfälſcht, und will pro ſuo poſſideam leſen. Es iſt aber theils nicht abzuſehen, was das hier für ein Fall ſeyn ſolle, und wie davon etwas beſonders abhänge, theils iſt die gewöhnliche Leſart in den Baſilicis gegründet. Denn heiſt es: ἢ δε ιδιου μου δικαιου νεμομαι αυτο vel proprio meo jure illam poſſideam. Man muß ſich einen Fall vorſtellen, wo der Enterbte des ernannten Erben Pupillar Erbe geworden. Hier iſt er des ernannten Erben Erbe. Er iſt aber die Erbſchaft nicht ſo wohl ihm ſchuldig, als vielmehr einem vom Vater deſſelben ertheilten Rechte. Hier iſt weniger Schuldigkeit, ſich des Pupillen Handlung vorwerfen zu laſſen, wie ſonſt es die Schuldigkeit des Erben iſt, des Erblaſſers Facta wider ſich gelten zu laſſen. Aber auch auſſer dieſem Falle, und wenn ich jure non meo des ernann-

ten

ten Erbens Erbe geworden, bleibt die Querel gegrün- det. Das ſchlieſt das Wort maxime ein. Ienſ. Stri- ctus. will jure ejus poſſideam leſen. p. 34.

Zweyter Aufſatz.

Von dem Beklagten und der Würkung der In- officioſitäts-Klage.

§. 1032. Unterſchied zwiſchen Eltern und Kindern, auf der einen, und Geſchwiſtern auf der andern Seite in Anſe- hung des Gegners. §. 1033. Die Querel kann auch ge- gen den Landesfürſten gebraucht werden. §. 1034. Auch dann, wenn ſolcher die Erbſchaft jure fiſci an ſich genom- men. §. 1035. Sie wird auch gegen den Fideicommiſſar- Erben gebraucht. §. 1036. Die Legatarien können ſich in den Streit über die Inofficioſität miſchen. §. 1037. Die Klage kann erſt nach der Erbſchafts Antretung gegen den ernannten Erben erhoben werden. Wenn die Antretung geſchehen müſſe. §. 1038. Forum der Klage. §. 1039. Die Umwerfung des Teſtaments durch die Querel iſt nicht begünſtigt. §. 1040. Die Umwerfung geſchieht unter- weilen nur in Anſehung des einen oder andern der Erben. §. 1041. Beſonders, wenn ein Kind und ein Fremder zu- gleich zu Erben ernannt ſind. §. 1042. Fortſetzung. §. 1043. Ob die Legata bey der Inofficioſität des Teſtaments un- gültig werden. §. 1044. Ob die Fideicommiſſe. §. 1045. Beſonderheit der Fideicommiſſor libertatis. §. 1046. Ob Schenkung unter den Lebendigen und Dotationen. §. 1047. Wenn die Querel, nur einen Theil des Teſtaments umwarf, ſo fielen ehemals die Legata auch nur zum Theil aus. §. 1048. Verurtheilung des ernannten Erben in Contumaciam ſcha- dete den Legatarien nichts. §. 1049. Der Erbe, der die Erbſchaft verliehrt, tritt in alle Rechte zurück, welche er vor Annehmung der Erbſchaft hatte. §. 1050. Wiefern die ſchon ausgezahlten Legata zurück gefordert werden. §. 1051. Dauer der Inofficioſitäts Klage. §. 1052. Wür- kung der Wiederherſtellung in vorigen Stand nach abge- lau-

laufener Friſt. §. 1053. Appellation gegen das Erkenntniß. Interimiſtiſcher Unterhalt.

§. 1032.

Denjenigen anlangend, gegen welchen die Inofficioſitäts-Klage erhoben wird, ſo iſt, wie oben ſchon vorgekommen, ein Unterſchied zwiſchen Eltern und Kindern auf der einen, und Geſchwiſtern auf der andern Seite. Dieſe können nur gegen eine unehrliche oder unanſtändige Perſon klagen, jene gegen jeden Erben. L. 31. §. 1. de inoff. teſt. Quantum ad inofficioſi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil intereſt, quis ſi heres ſcriptus ex liberis, an extraneis, vel municipibus. Inzwiſchen iſt dieſe Stelle, welche man, als der Querel der Geſchwiſter entgegen geſetzt, anſehen kann, entweder ohne dieſe Abſicht zu verſtehen, oder ſie enthält einen Tribonianismus. Denn zur Zeit der Pandecten war die Querel der Geſchwiſter noch nicht auf die Unanſtändigkeit des eingeſetzten Erben eingeſchränkt, als welche Einſchränkung Conſtant. M. erſt eingeführt hat. Godofredus ad L. 1. C. Th. de inoff. teſt. ſagt, die Geſchwiſter hätten ſonſt die Querel nur erheben können, wenn extranei und municipes im Teſtamente zu Erben ernannt worden, und eben dieſes lehre L. 24. ff. de inoff. teſt. allwo man keinen Tribonianismus anzunehmen habe. Aber v. d. Water Obſ. L. 1. C. 12. widerſpricht ihm darin, weil in der letzten Stelle gar leicht ein Tribonianismus vorhanden ſeyn könne, und das, was in unſerer Stelle geſagt wird, eben kein Gegenſatz gegen die Querel der Geſchwiſter ſey, daher ſich a contrario nicht ſchlieſſen laſſe, cf. v. de Poll. de Exher. et praeterit. c. 61. §. 3. ſeqq.

§. 1033.

§. 1033. Eltern und Kinder können die Querel gebrauchen, auch wenn der Landesfürſt eingeſetzter Erbe iſt. L. 8. §. 2. de inoff. teſt. Si imperator ſit heres inſtitutus, poſſe inofficioſum dici teſtamentum, ſaepiſſime reſcriptum eſt. Paul. Rec. Sent. L. 4. tit. 5. § 3. Teſtamentum, in quo imperator ſcriptus eſt heres, inofficioſum argui poteſt. Eum enim, qui leges facit, pari majeſtate legibus obtemperare convenit.

§. 1034. Wenn der Landesfürſt nicht ſowohl Erbe iſt, als vielmehr des ernannten Erben Vermögen nur jure fiſci an ſich genommen hat, ſo iſt noch weniger Zweifel, daß der Enterbte gegen die Landesherrliche Kaſſe die Querel erheben könne. Der Fiſcus tritt in ſolchem Falle in alle Rechte und Verbindlichkeiten desjenigen ein, deſſen Güter er an ſich genommen. L. 10. C. de inoff. teſt. Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum eſſe dicis, adverſus quos de inofficioſo teſtamento acturus eras, jure ſucceſſionis bona ad fiſcum pertinent, vel ipſius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiſcus tenet: cauſam apud Procuratorem noſtrum agere potes. Wie der Fiſcus des Quintinians Güter, als Vacantia, an ſich nehmen könne, iſt nicht zu begreifen. Hat er ſeinen Sohn enterbt; ſo muß er doch einen Erben ernannt haben. Dies iſt entweder der Fiſcus, oder ein anderer. In jenem Falle ſind keine bona vacantia. In dieſem müſte der ernannte Erbe vor dem Erblaſſer geſtorben ſeyn u. ſ. f. Denn würde aber das Teſtament deſtitutum u. ſ. w. ſeyn, und die Inofficioſitäts-Klage nicht paſſen. Es heiſt auch hier: quandoque bonus dormitat Homerus. Procurator noſter iſt der fiscaliſche Bediente, der zugleich die Inſtanz bey den gegen den Fiſcus gerichteten Klagen war. A. Faber Conject. L. 17. C. 2. hält die Worte: utpote vacantia für unächt und einen Zuſatz eines Erklärers. Daß übrigens blos Güter

des Enterbers ad fiſcum fallen, laſſe ſich in dem Falle gedenken, wenn im Teſtamente ein geheimes Fideicommiß für einen untüchtigen Erben befindlich.

§. 1035. Iſt die Erbſchaft mit einem Fideicommiß belegt, und von dem Fiduciar bereits an den Fideicommiſſar abgeliefert, ſo kann, und, nach dem neueſten Rechte, muß auch die Klage gegen den letztern, als jetzigen Inhaber der Erbſchaft, gerichtet werden. L. 1. C. de inoff. teſt. Cum de inofficioſo matris ſuae teſtamento filius dicere velit adverſus eum, qui ex cauſa fideicommiſſi hereditatem tenet: non eſt iniquum, hoc ei accommodari, ut perinde fideicommiſſarius teneatur, ac ſi pro herede, aut pro poſſeſſore poſſideret. Ehemals und noch zur Zeit des Sev. und Antonin. war es was beſonders, daß gegen den Fideicommiſſar geklagt wurde, welcher damals noch nicht als Erbe anzuſehen war, wenn nicht mit dem SCto Trebell. die Abgabe der Erbſchaft an ihn geſchehen war. Daher heiſt es hoc ei accommodari cf. Lyklam Membr. 1. C. 5.

§. 1036. Die beyden Haupt-Parthenen ſind hier der Ausgeſchloſſene und der eingeſetzte Erbe. Weil aber die Legatarien bey der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Erbeinſetzung ebenfalls intereßirt ſind, und es ehemals allgemein waren, nach dem neueſten Rechte aber es wenigſtens bey der Querel der Geſchwiſter geblieben ſind; ſo können dieſe ſich in den Streit zwiſchen den Hauptparthenen einmiſchen, und ſich zum Beſten des Bekl. und des Teſtaments einer Intervention bedienen. L. 29. pr. de inoff teſt. Si ſuſpecta colluſio ſit legatariis inter ſcriptos heredes et eum qui de inofficioſo teſtamento agit, adeſſe etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri, conſtitutum eſt: eisdemque permiſſum eſt, etiam

etiam appellare, ſi contra teſtamentum pronunciatum fuerit.

§. 1037. Man kann die Klage gegen den ernannten Erben nicht eher erheben, bis dieſer ſich zur Erbſchaft erklärt hat. Von da an wird erſt deren Verjährung gerechnet. Damit aber der ernannte Erbe ſeine Erklärung nicht zu lange aufhalte; ſo iſt ihm eine beſtimmte Zeit geſetzt, binnen welcher er ſich wegen Annehmung der Erbſchaft oder Begebung derſelben erklären muß. L. 36. §. 2. C. de inoff. teſt. Illud praeterea ſancimus, ut tempora in officioſi querelae ab adita hereditate ſecundum Vlpiani opinionem currant, Herennii Modeſtini ſententia recuſata qui a morte teſtatoris illico curſum de inofficioſo querelae temporibus dabat: ut non liceat heredi, quando voluerit, adire: ne per hujusmodi tramitem interim filius defraudetur debito natnrali. Sancimus itaque, ubi teſtator deceſſerit, alio ſcripto herede, et ſperatur de inofficioſo querela: neceſſitatem habere ſcriptum heredem, ſi quidem praeſto eſt, in eadem commanens provincia, intra ſex menſium ſpatium: ſin autem ſeorſum utraque pars in diverſis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo ſpatium ſimili modo per continuum a morte teſtatoris numerandum, omni modo adire hujusmodi hereditatem, vel manifeſtare ſuam ſententiam, quod hereditatem minime admittat. Expeditus etiam ita tractatus inducitur filio memoratam movere querelam. Sin vero ſcriptus heres ita ſtatuto tempore minime adierit: per officium quidem judicis heredem ſcriptum compelli hoc facere in medio tamen tempore, id eſt, a morte quidem teſtatoris, ſed ante aditam hereditatem, ſi deceſſerit filius, hujusmodi querelam (niſi ſe non praeparaverit) ad ſuam poſteritatem transmittat; ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris inſer-

tam faciet praeparationem. Daß die Klage erſt von Zeit der Erbantretung des ernannten Erben angerechnet wurde, behaupteten ſchon Juriſten der Pandecten. L. 8. §. 10. eod. Modeſtin. hat vielleicht mit einigen andern eine beſondere Meynung gehabt. Heutiges Tages läſt der Kläger durch den Richter eine präcluſiviſche Friſt ſeinem Gegner ſetzen. Das, was am Ende geſagt wird, iſt ſchon oben vorgekommen.

§. 1038. Der Ort, wo die Klage angebracht wird, iſt der Ort des weſentlichen und beſtändigen Aufenthalts des ernannten Erben, L. 29. §. 4. de in off. teſt. In ea provincia de inofficioſo teſtamento agi oportet, in qua ſcripti heredes domicilium habent.

§. 1039. Die Querel geht auf Umwerfung des Teſtaments, ſo daß der Nachlaß ad cauſam inteſtati gebracht wird. Weil dieſe Umwerfung der Teſtamente den Römern ſehr unangenehm war, ſo entſtehen daher verſchiedene Folgen, die in der Abneigung von dieſer Würkung ihren Grund haben. Unter andern floß daher, daß, wenn die Beyſitzer des Gerichts wegen der Aufrechthaltung des Teſtaments unwillig waren, die Meynung vorgieng, welche das Teſtament ſchützte. L. 10. pr. de inoff. teſt. Si pars judicantium de inofficioſo teſtamento contra teſtamentum, pars ſecundum id ſententiam dederit, quod interdum fieri ſolet, humanius erit ſequi, ejus partis ſententiam, quae ſecundum teſtamentum ſpectavit, niſi (ſi) aperte judices inique ſecundum ſcriptum heredem pronunciaſſe apparebit. Es wird vorausgeſetzt, daß die Zahl der uneinigen Richter auf beyden Seiten gleich ſey.

§. 1040. Unterweilen wird nur in Anſehung des einen oder andern der Teſtaments Erben dieſe Würkung ge-

geſucht und erhalten, in Anſehnng des andern aber bleibt das Teſtament bey Kräften. Dies geſchieht, wenn z. E. von 2 Kindern nur das eine ernennt, das andere ausgeſchloſſen iſt. In ſolchem Falle kann das letztere nur die Hälfte der Erbſchaft verlangen. Eben dies kommt vor, wenn zwey Erben ernannt ſind, davon der eine eine anſtändige Perſon, der andere ein unanſtändiger Erbe iſt, und in ſolchem Falle Geſchwiſter ausgeſchloſſen worden. Hier können die Geſchwiſter nur gegen den letztern klagen, ihn von der Erbſchaft abtreiben, und ſeinen Theil auf ſich bringen, dagegen der erſtere den Vortheil des Teſtaments behält. L. 24. de inoff. teſt. Circa inofficioſi querelam evenire plerumque adſolet: ut in una atque eadem cauſa diverſae ſententiae proferantur. Quid enim, ſi fratre agente, heredes ſcripti diverſi juris fuerunt? Quod ſi fuerit pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe videtur. Dieſe Stelle iſt aber, wenn man ſie von anſtändigen und unanſtändigen Teſtaments Erben erklärt, durch einen Tribonianismus verändert, weil davon vor Conſtant. M. noch nichts bekannt war. Sie kann jedoch auch von einem Falle verſtanden werden, da ſich der eine Teſtamentserbe um den Erblaſſer ſehr verdient gemacht hatte, der andere nicht. In ſolchem Falle war es vernünftig geweſen, jenen zu ernennen, nicht aber dieſen, und die Querel erlitte daher nach den alten Grundſätzen gegen den einen ein anderes Schickſal, als gegen den andern.

§. 1041. Von dem Falle, wo ein Fremder und ein Kind zu Erben ernannt, ein ander Kind aber enterbt iſt, da denn nur gegen den Fremden die Inofficioſität ausgefochten werden konnte, iſt zu erklären L. 15. §. 2. de inoff. teſt. Titius, qui (de) inofficioſi actione adverſus duos heredes expertus diverſas ſententias judicum tulit, et, unum vicit, ab altero ſuperatus eſt. Et

 debi-

debitores convenire, et ipſe a creditoribus conveniri pro parte poteſt, et corpora vindicare et hereditatem dividere. Verum enim eſt, familiae erciſcundae judicium competere: quia credimus eum legitimum heredem pro parte eſſe factum. Et ideo pars hereditatis in teſtamento remanſit.] Nec abſurdum videtur, pro parte inteſtatum videri. Niemand ſoll ein Teſtament dergeſtalt machen, daß er nur über einen Theil ſeines Vermögens Erben ernenne. Wenn aber über das ganze Vermögen die Erbeinſetzung geſchehen, es jedoch hernach durch Anfechtung des Teſtaments nicht in Anſehung es ganzen Vermögens bey der Teſtaments Einſetzung b .ibt, das iſt wieder ein anderer Fall.

§. 1042. Von eben dem Falle, wo zwey Kinder vorhanden, und das eine, nebſt einem Fremden, zu Erben ernannt, das andere hingegen ausgeſchloſſen iſt redet auch L. 19. de inoff. teſt. Mater decedens extraneum ex dodrante, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit. Haec de inofficioſo egit et obtinuit, Quaero ſcriptae filiae quomodo ſuccurrendum ſit? Reſpondi: filia praeterita id vindicare debet, quod inteſtata matre habitura eſſet. Itaque dici poteſt, eam, quae omiſſa eſt, etiamſi totam hereditatem (ab inteſtato) petat, et obtineat, ſolam habituram univerſam ſucceſſionem, quemadmodum ſi altera omiſiſſet legitimam hereditatem. Sed non eſt admittendum, ut adverſus ſororem audiatur agendo de inofficioſo. Praeterea dicendum eſt, non eſſe ſimilem omittenti eam, quae ex teſtamento adiit: et ideo ab extraneo ſemiſſem vindicandum: et defendendum totum ſemiſſem eſſe auferendum, quaſi ſemis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum teſtamentum, infirmatur, ſed pro parte inteſtata efficitur licet quaſi furigae judicium ejus damnetur. Caeterum ſi quis putaverit, filia obtinen-

tinente, totum teſtamentum infirmari, dicendum eſt, etiam inſtitutam ab inteſtato poſſe adire hereditatem. Nec enim quae ex teſtamento adiit, quod putat valere repudiare legitimam hereditatem videtur, quam (quidem) neſcit ſibi deferri; cum et hi, qui ſciant jus ſuum eligentis id, quod putant ſibi competere, non amittunt. Quod evenit in patrono, qui judicium defuncti, falſa opinione motus amplexus eſt. Is enim non videtur bonorum poſſeſſionem contra tabulas repudiaſſe. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritum vindicare: cum reſciſſo teſtamento etiam inſtitutae ſalvum jus ſit adeundae hereditatis. Dieſe Stelle verdienet eine umſtändlichere Erklärung. Es war die Hauptfrage, ob die ausgeſchloſſene Tochter den ganzen Nachlaß abfordern könne. Die Antwort iſt: Nein, ſondern nur einen Theil der Erbſchaft. Gegen die andere Tochter hat die ausgeſchloſſene nichts zu ſuchen, ſondern nur gegen die fremde Perſon. In ſo weit iſt auch nichts einzuwenden. Es iſt aber die Frage, welchen Theil die Ausgeſchloſſene erhalte, ob ſie die Hälfte bekomme, oder drey Viertheile der Erbſchaft, welche dem fremden Erben im Teſtamente beygelegt waren. Paulus entſcheidet für die Hälfte. Er hat aber ſehr geſündigt. Sie muß drey Viertheile bekommen. 1) Die andere Tochter kann gar nicht verklagt werden. Sie iſt alſo ganz auſſer dem Streite. Dieſer iſt nur mit der fremden Perſon zu führen. Zwiſchen dieſer und der Klägerin wird allein entſchieden. Res inter alios acta et judicata tertio nec prodeſt, nec obeſt. Wie ſoll daher die ernannte Tochter mehr bekommen, als ihr das Teſtament giebt? 2) Das Teſtament wird nur zum Theil umgeworfen, zum andern Theile beſteht es. Zu welchem Theile fällt es hinweg? zum Theil des Fremden. Zu welchem beſteht es? zum Theil der eingeſetzten Tochter. Und doch ſoll dieſe nicht bekommen,

men, was ihr im Teſtamente gegeben iſt, ſondern mehr. Wie paßt das? 3) Wenn mehrere vorhanden ſind, die die Querel gebrauchen könnten, von denen aber einer und der andere ſolche anzuſtellen nicht vermag, ſo accreſcirt deſſen Antheil dem, der die Klage anſtellen kann. Die eingeſetzte Tochter iſt an ſich zur Querel eben ſo fähig, als die ausgeſchloſſene. Nur darf ſie ſolche nicht anſtellen, weil ſie zum vierten Theile zur Erbin ernannt iſt. Sie gehört alſo zu denen, welche zwar überhaupt klagen konnten, aber nach der Anlage des Teſtaments ſich ſolcher Klage nicht ermächtigen dürfen. Alſo muß, was ihr die Querel geben könnte, der andern Schweſter zuwachſen. Die Querel könnte ihr dazu helfen, daß ſie, ſtatt des Viertheils, die Hälfte, alſo noch ein Viertheil mehr erhielt. Alſo muß dieſes Viertheil, ſo ſie noch bekommen könnte, der ausgeſchloſſenen Schweſter gegeben werden. Aber Paulus hat ſeine ganze Wiſſenſchaft nur darauf gerichtet, zu beweiſen, daß die ausgeſchloſſene Schweſter nicht alles bekommen könne. Darüber hat er die Aufmerkſamkeit auf den eigentlichen Theil, den ſie bekommen müſſe, geſchwächt. Daher iſt er auf die Hälfte verfallen; ſtatt eine richtigere Eintheilung zu machen. Man kann dies nicht anders entſchuldigen, als wenn man den Fall annimmt, den er vor Augen gehabt zu haben ſcheint, und den die Erklärer annehmen, daß nemlich die ausgeſchloſſene Schweſter gegen beyde ernannte Erben ſchon geklagt und gewonnen habe, alſo ſchon res judicata für die Klägerin auf den ganzen Nachlaß war. Weil dies rechtskräftige Urtheil gegen die ernannten Erben nun einmal da war, ſo konnte der fremde Erbe nichts weiter machen. Aber die ernannte Tochter konnte nun der Klägerin die Hälfte der Erbſchaft ab inteſtato abfodern. Das ganze Teſtament war umgeworfen. Inteſtat-Erben traten alſo ein. Die ernannte Schweſter war auch eine ſolche

zur

zur Hälfte. Aber nun paßt wieder nicht, was unſere Stelle von Ungültigkeit des Teſtaments zu einem Theile ſagt. Es läßt ſich ſchwer begreifen, wie die Richter auch gegen die Schweſter mit erkennen, ja, wie auch gegen ſie die Ausgeſchloſſene die Querel richten können. Geſchahe es, ſo waren das Nullitäten. Die Ausgeſchloſſene hatte allenfalls aus der Sentenz ein Recht, nicht aber eine Verbindlichkeit. Quae in favorem alicujus ſunt introducta, non debent in odium ejus detorqueri. Die Ausgeſchloſſene, ſo den Prozeß gewonnen, konnte, wenn ſie von der ernannten Schweſter auf die Hälfte in Anſpruch genommen wurde, ſagen, ich will mich der Sentenz nicht bedienen, welche alles ad cauſam inteſtati gebracht. Ich agnoſcire in Anſehung deiner das Teſtament. Darinn iſt dir ein Viertheil vermacht; den will ich dir geben. Inzwiſchen Paulus giebt der ausgeſchloſſenen Tochter die Hälfte, und darauf iſt das ganze Geſetz angelegt. Die andere Hälfte ſoll die ernannte Tochter bekommen. A. Faber meynt fälſchlich: daß dieſe nur ihren Viertheil behalten, der andere Viertheil aber dem fremden Erben verbleiben ſolle. Das kann aber der Sinn nicht ſeyn, weil der Juriſt blos mit den 2 Töchtern zu thun hat, und des Fremden in der Folge nicht weiter gedenkt, auch die ganze Anlage darauf eingerichtet iſt, daß die Ernannte eine Hälfte haben ſoll. Quaeritur: ſcriptae filiae quomodo ſuccurrendum ſit? Quaſi totus ſemis ad hanc pertinent, welches von der ernannten Tochter zu verſtehen. Itaque dici poteſt in legitimam hereditatem. Iſt eine Frage; und muß mit dem Fragzeichen bezeichnet werden. Daß die ernannte Tochter nicht könne angeſehen werden, als wenn ſie durch Annehmung des Teſtamenttheils ſich der Erbſchaft ab inteſtato begeben, war leicht zu beweiſen. Sie konnte ab inteſtato nicht erben, da ein Teſtament für ſie da war, welches ſie nicht anfechten durfte. Wer ſich eines Rechts

nicht bedient, deſſen er ſich nicht bedienen kann, begiebt ſich deſſelben nicht. Alſo hatte ſich die ernannte Tochter durch Annehmung des Teſtaments der Inteſtat-Erbſchaft nicht begeben. Dieſer Grund iſt beſſer, als der: quam quidem neſcit ſibi deferri. Das Beyſpiel vom Patron iſt der Fall, da einem Patron von ſeinem Freygelaſſenen ein Legat vermacht iſt, welches ihn wegen ſeines Patronat-Antheils am Nachlaſſe befriedigt. Wenn dies geſchehen, ſo muſte der Patron das Legat annehmen, und konnte weiter keine bonorum poſſeſſionem contra tabulas gebrauchen, um ſeine Gebührnis abzufordern. Nahm alſo der Patron das Legat auch würklich an, enthielt ſich daher der bonorum poſſeſſionis contra tabulas, hernach aber fand ſich, daß der Erblaſſer das Legat widerrufen hatte, ſo kehrte der Patron zur bonorum poſſeſſione contra tabulas zurück.

§. 1043. Wenn die Erbeinſetzung umgeworfen wird, ſo werden die davon abhängigen Legata und andere Beſchwerden derſelben zugleich ungültig. Dies war vor Iuſtinian bey der Querel allgemein. Iuſtinian hat aber dieſe Würkung in dem Fall, da Eltern oder Kinder klagen, aufgehoben. Nur von Geſchwiſtern hat er hierin nichts verordnet. Daher viele Rechtslehrer meynen, daß in Anſehung der Geſchwiſter das alte Recht geblieben. Weil aber auf ſolche Art dieſe in ſolchem Stück mehr begünſtigt ſeyn würden, als Eltern und Kinder, welchen ſie doch ſonſt in den Erbſchafts-Gerechtsſamen nachſtehen; ſo behaupten andere mit Grunde, daß die von Iuſtinian gemachte Neuerung, wenigſtens dem Grunde des Geſetzes nach auch auf die Geſchwiſter auszudehnen. Das alte Recht lehrt L. 8. §. 16. de inoff. teſt. Si ex cauſa de inofficioſi cognoverit judex, et pronunciaverit contra teſtamentum; nec fuerit provocatum: ipſo jure reſciſſum eſt, et ſuus heres erit, ſecundum quem judicatum eſt, et bonorum poſſeſſor,

ſi

ſi hoc (ſe) contendit. Et libertates ipſo jure non valent: nec legata debentur, ſed ſoluta repetuntur, aut ab eo, qui ſolvit, aut ab eo, qui obtinuit. Et haec vtili actione repetuntur. Fere autem, ſi ante controverſiam motam ſoluta ſunt, qui obtinuit, repetit. Et ita divus Hadrianus et divus Pius reſcripſerunt. Daß hier in den Ausdrücken viel Tribonianismen ſtecken, kann man dem Ant. Faber zugeben. Suus heres erit, ſetzt zum voraus, daß ein Suus die Querel erhoben habe. Si hoc ſe contendit, wofern er ſich der bonorum poſſeſſionis unde liberi bedienen will. Ein bonorum poſſeſſor wird er nicht ipſo jure, er wird aber ipſo jure in Stand geſetzt, ein ſolcher zu werden. Haec utili actione repetuntur, iſt von dem obſiegenden Kläger zu verſtehen, der, weil er nicht ſelbſt dasjenige, was er condictione indebiti zurückfordert, gezahlt hat, nicht directo, ſondern nur utiliter klagt. Fere autem iſt ſo viel, als tantum autem. Wenn nach erhobenem Prozeße der Beklagte die Legata annoch ausgezahlt; ſo hat er unrecht gehandelt. Nach angegangenem Prozeſſe konnte er nichts weiter auszahlen. Er muß daher dem Kläger, der obſiegt, den daher entſtehenden Ausfall vergüten. Alſo hat dieſer nicht Urſache condictionem indebiti inutilem anzuſtellen. Der Beklagte wird auch nicht condictionem indebiti directam erheben dürfen, wenn er ſich nicht vorgeſehen, quia ſciens indebitum ſolvit. Aus den Zeiten der hier angeführten Kaiſer ſchreiben ſich viele actiones utiles her.

§. 1044. Wenn das Teſtament der Inofficioſität wegen umgeworfen wurde, ſo galten auch die in und auſſer dem Teſtamente verlaſſenen Fideicommiſſe nicht, geſetzt der Erblaſſer hätte auch im Teſtamente verordnet, daß, wenn das Teſtament ungültig ſeyn oder werden ſollte, er dennoch wolle, daß die Fideicommiße ihre Kraft behielten. L. 13. de inoff. teſt. Titia filiam heredem inſtituit, filio legatum dedit. Eodem teſtamento ita

ca-

cavit: Et omnia: quae ſupra dari, fieri juſſi; ea dari, fieri volo ab omni herede bonorumve poſſeſſore, qui mihi erit etiam jure ab inteſtato. Item quae dari juſſero, ea uti dentur, fiant, (que) ejus fidei committo. Quaeſitum eſt, ſi ſoror centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommiſſa ex capite ſupra ſcripto debeantur? Reſpondi: ſi hoc quaeratur, an jure eorum, quos quis ſibi ab inteſtato heredes bonorumve poſſeſſores ſucceſſuros credat, fideicommittere poſſet: reſpondi poſſe. Paulus notat: Probat autem nec fideicommiſſa ab inteſtato data deberi, quaſi a demente. Fideicommiſſa konnten auch ab inteſtato verlaſſen werden, Legata nur im Teſtamente; oder einem durch ein Teſtament beſtätigten Codicille. Deshalb wird beſonders der Fideicommiſſe erwähnt, weil die im Teſtamente ſtehende Klauſel verfügt, daß auch im Fall, wo das Teſtament zernichtet und ab inteſtato ſuccedirt werden würde, etwas gelten ſollte. Es ſchien, daß die Fideicommiſſe, welche unter den Umſtänden der Clauſel gemacht waren, gelten müſten. Wäre das Teſtament deſtitutum oder ruptum geworden, ſo würden ſie bey ſolchen Umſtänden gegolten haben. Aber wenn wegen Inofficioſität das Teſtament angefochten und umgeworfen wurde; ſo ſah man den Erblaſſer als verrückt an, und deshalb konnten auch ſeine Fideicommiſſe nicht beſtehen. Dies ſagt Scaevola ſelbſt nicht. Aber ſein Annotator merkt an, daß er es behauptet habe: Probat autem nec fideicommiſſa ab inteſtato data deberi. Scaevola war zugleich gefragt, ob ab inteſtato Fideicommiſſe verlaſſen werden könnten. Dies beantwortet er mit Ja, da es eine ausgemachte Sache war. Für: Paulus notat, muß Claudius notat, geſetzt werden, weil nicht Paulus, ſondern Claudius Tryphoninus über den Scaevola Noten geſchrieben. Noch iſt zu merken, daß in unſerer Stelle ſtatt: filiam beſſer, filium, und ſtatt: filio, beſſer filiae geleſen werden müſ-

ſe,

ſe, wie der Fortgang der Stelle zeigt. Soror iſt eben die Tochter, welche das Legat erhielt, und nun neben ihrem Bruder, dem filio, zur Hälfte die Erbſchaft in Beſitz bekam, weil ſie gegen den Bruder die Querel anſtellte und ſiegte. Es war die Frage, ob die Fideicommiſſe zu ihrer Hälfte ungültig geworden wären.

§. 1045. Einige Beſchwerden der Erbeinſetzung blieben aber dennoch ſchon ehemals bey Kräften, wenn gleich das Teſtament durch Inofficioſität zerfiel. Dahin gehörten die Geſchenke der Freyheit, welche den Knechten als Fideicommiſs, oder mit an den Erben gerichteten Geſinnungen vom Erblaſſer verlaßen waren. Bey den Legatis libertatis war alſo ein Unterſchied, ob ſie ſo verlaſſen waren, daß der Erbe die Freyheit ertheilen ſollte, oder ob ihnen der Erblaſſer geradezu die Freyheit gegeben. In jenem Falle fiel die Freyheit des Gewinns der Querel ohnerachtet nicht weg, wenn ſich die Knechte mit Bezahlung von 20 aureis bey ihrer Freyheit behaupten wollten. L. 9. de inoff. teſt. Si autem intra quinquennium egerit, libertates non competunt. Sed Paulus ait, praeſtaturum fideicommiſſas libertates, ſcilicet viginti aureis et in hoc caſu a ſingulis praeſtandis. L. 4. C. eod. Cum ex cauſa fideicommiſſi ſecundum praetoris decretum in libertate morati ſitis, filios etiam ſuſceperitis: quamvis poſtea domini veſtri teſtamentum inofficioſum ſit pronunciatum, agente filio: non eſt aequum fieri vobis libertatis quaeſtionem. A. Faber meynt, das was in L. 9. ff. ſteht, ſey nur von Libertatibus fideicommiſſariis jam praeſtitis zu verſtehen geweſen, wie das lehre, was L. 47. ff. de manumiſſ. teſtam. vorkommt. Daß dasjenige allgemein vorgetragen, und auf libertates directas, auch fideicommiſſarias nondum praeſtitas ausgedehnt worden, was nur ſehr eingeſchränkt verordnet war, ſey ein Tribonianismus. 20. Aurei waren der gewöhnliche Werth eines

Knechts

Knechts. Aureus war etwas über 3 Thl. cf. L. 8. §. 17. eod. L. 1. §. nec autem de comm. ſerv. manumiſſ. In libertate morari im L. 46. wurde von Freygelaſſenen geſagt, denen nicht juſta libertas ad effectum juris civitatis et Quiritium zukam, an deren Statu beſonders L. Ael. Sent. ſchuld war, und die das. Ius Latinorum coloniariorum hatten.

§. 1046. Daß auch dasjenige, was inter vivos, auſſer dem Teſtamente, gegeben und geſchenkt iſt, nicht mit umgeworfen werde, iſt natürlich. Nur das Teſtament und was ein Zubehör deſſelben iſt, wird ungültig. Alſo Schenkungen unter Lebendigen und Dotationen werden es nicht. Enthalten ſie ſelbſt eine Verletzung des Pflichttheils, ſo giebt es beſondere Querelas inofficioſae donationis und dotationis. Enthalten ſie aber dergleichen nicht, nur neben ihnen iſt ein Teſtament vorhanden, welches der Inofficioſität wegen zernichtet wird, ſo geht dies den Schenkungen und Ausſteuern nichts an. L. 11. de inoff. teſt. Etiamſi querela inofficioſi teſtamenti obtinuerit, non ideo tamen donationes, quas vivus ei perfeciſſe proponitur, infirmari, neque in dotem datorum partem vindicari poſſe reſpondi. Worauf ſich das ei beziehe, erhellet nicht aus der Stelle. Es iſt überflüßig darüber zu muthmaſſen. Falſch iſt die Leſart, welche einige haben: non obtinuerit. Die Florentina hat kein non. Schenkungen von Todes wegen fallen hinweg, wenn die Querel mit Glück gebraucht wird. Jedoch nur gilt dies nach dem alten Rechte. Nach Juſtinianiſchen Rechte bleiben ſie ebenfalls bey Kräften. Man muß annehmen, daß der, welcher das Teſtament anfochte und umwarf, nur zum Theil ſolches bewerkſtelligte, weil der andere Theil der Erbſchaft dem ernannten Erben verblieb. In ſolchem Falle war nur die Frage, ob die Schenkung und Ausſteuer wenigſtens zum Antheil des

Klä-

Klägers ungültig würde. Neque in dotem datorum partem vindicari. Denn das war die Regel.

§. 1047. Wenn das ganze Teſtament umgeworfen wurde, ſo fielen die Legata auch ganz hinweg. Wofern hingegen der Kläger nur zum Theil die Erbeinſetzung aufhob, wurden auch nur zu dem Theil, da er ſiegte, die Legata ungültig. L. 13. C. de inoff. teſt. Cum duobus heredibus inſtitutis uno ex quinque, altero ex ſeptem unciis, adverſus eum, qui ex ſeptem unciis, heres ſcriptus fuerat, iuſta querela contendiſſe, ab altero autem victum te fuiſſe alleges, pro ea parte, qua reſolutum eſt teſtamentum, cum jure inteſtati, quid obtinuit, ſuccedat, neque legata neque fideicommiſſa debentur: quamvis libertates et directae competant, et fideicommiſſariae praeſtari debeant. Die Legata libertatis ſind individua. Sie müſten alſo entweder ganz ungültig, oder ganz gültig ſeyn. Das erſtere wäre zu hart, da doch zum Theil gegen ſie nichts einzuwenden iſt. Alſo hat das letztere ſtatt. Vermuthlich muſte auch hier der Knecht dem gewinnenden Kläger die Hälfte des für Knechte zu geben gewöhnlichen Geldes mit 10 Aureis bezahlen.

§ 1048. Wenn die Legata da ungültig werden ſollten, wo das Teſtament der Inofficioſität wegen umgeworfen wurde, ſo war erförderlich, daß nach vollſtändiger der Sache Unterſuchung, über die Billigkeit der Erbeinſetzung und Ausſchlieſſung geſprochen worden. Wofern ohne ſolche vollſtändige Unterſuchung, blos in Contumaciam des Beklagten Teſtamentserben, bey deſſen Auſſenbleiben gegen ihn geſprochen, ſo ſchadete dieſes den Legatis nicht. L. 17. §. 1. de inoff. teſt. Cum contra teſtamentum, ut inofficioſum, judicatur, teſtamenti factionem habuiſſe defunctus non creditur. Non idem probandum eſt, ſi herede non reſpondente ſecundum praeſentem judicatum ſit. Hoc enim caſu non creditur jus ex ſententia judicis fieri. Et ideo libertates competunt, et lega-

legata petuntur. L. 18. eod. De qua re etiam conſtitutio exſtat divorum Fratrum, quae hujusmodi diſtinctionem admittit. Das Reſcript worauf hier gezielt wird, iſt L. 14. §. 1. de appell. A. Faber will ſolches hieher nicht gezogen wiſſen, und findet hier einen Tribonianismus. Seine Kritik iſt aber ohne ſonderlichen Grund.

§. 1049. Weil der ernannte Erbe ſein Erbrecht ganz wider verliehrt, wenn der Proceß gegen ihn gewonnen wird; ſo tritt er nun wieder in alle Rechte, welche er vor Annehmung der Erbſchaft hatte. L. 21. §. 2. de inoff. teſt. Idem reſpondit, evicta hereditate per inofficioſi querelam ab eo, qui heres inſtitutus eſſet, perinde omnia obſervari oportere, ac ſi hereditas adita non fuiſſet. Ei ideo et petitionem integram debiti heredi inſtituto adverſus eum, qui ſuperavit, competere, et compenſationem debiti. L. 26. eod. Si ſub hac conditione fuerit heres inſtitutus: Si Stichum manumiſerit, et manumiſiſſet, et poſteaquam manumiſit: inofficioſum vel injuſtum teſtamentum pronuncietur, aequum eſt, huic quoque ſuccurri, vt ſervi pretium a nummo miſſo accipiat, ne fruſtra ſervum perdat. L. 22. C. eod. Si maritus tuus facto teſtamento te quidem ex aſſe ſcripſit heredem: filia autem, quam habuit in poteſtate, exheredata (jure) facta minime perhibetur; nihilque ei relictum eſt, neque juſtas offenſae cauſas praeſtitiſſe (expreſſe) convincitur: eam, de inofficioſo teſtamento patris querentem, totam hereditatem obtinere poſſe non ambigitur. Quodſi jam obtinuit, vel poſt evincat: quodcunque maritus mortis ſuae tempore debuiſſe tibi perhibetur, id ab ea reddi oportet. Die durch Annehmung der Erbſchaft entſtandene Confuſio nominum hört wieder auf, und der ernannte Erbe fordert nun von dem Obſieger, was ihm der Verſtorbene ſchuldig war. Wenn der Obſieger von ihm

ihm etwas ex perſona defuncti oder propria fordert, ſo rechnet er ab, was er ſelbſt an dem Verſtorbenen, oder dem Gegner zu fordern hatte. Der ernannte Erbe hatte in L. 26. ſeinen eigenen Knecht in Freyheit ſetzen müſſen. Die gegebene Freyheit ſoll nach dem Obigen nicht ſchlechthin wieder aufgehoben werden. Inzwiſchen muß ſich der Freygelaſſene loskaufen.

§. 1050. Die ausgezahlten Legata fordert der ernannte Erbe nun condictione indebiti zurück. Jedoch, wenn ihm die bevorſtehende Inofficioſitäts-Klage bekannt war, und er hat doch die Legata ausgezahlt, ſo fällt die Condictio indebiti weg, quia ſciens indebitum ſolvit. L. 21. §. 1. de inoff. teſt. Item quaeſitum eſt: an heres audiendus eſt, ante (de) inoffício querelam actam, deſiderans reſtitui ſibi ea, quae ſolvit? Reſpondit, ei, qui ſciens indebitum fideicommiſſum ſolvit, nullam repetitionem et ex cauſa competere.

§. 1051. Die Zeit binnen welcher die Klage erhoben werden muß, iſt neuerlich auf 5 Jahre geſetzt. Aus dem Plinius iſt zu ſehen, daß ſie zu deſſen Zeit 2 Jahre gedauert hat. Dieſe Dauer, davon L. 8. §. 17. L. 9. ff. L. 16. C. h. iſt bey allen Arten der enterbten Pflichttheilsfähigen Perſonen beſtimmt, auch bey Kindern L. 5. C. Th. de inoff. teſt. Intra quinquennium, quod de inofficioſis actionibus conſtitutum eſt, liberis quoque parentum judicia inofficioſa cauſantibus eadem temporis curricula praeſtitura ſunt. Es iſt eine Verordnung des Gratian Valentinian und Theod.

§. 1052. Nach Ablauf der 5 Jahre kann der, ſo die Zeit verſäumt, vielleicht Wiederherſtellung in den vorigen Stand erlangen, wenn dazu hinlängliche Entſchuldigungsurſachen vorhanden ſind. In ſolchem Falle werden auch die Legata eben ſo ungültig, als wenn binnen der gehörigen Zeit geklagt worden wäre. Nur die Legata libertatis bleiben unangefochten. L. 8. §. 17. de inoff.

inoff. teſt. Plane ſi poſt quinquennium inofficioſum dici coeptum eſt, ex magna et juſta cauſa, libertates non eſſe revocandas, quae competierunt, vel praeſtitae ſunt, ſed viginti aureos a ſingulis praeſtandos. Competierunt muß auf libertates directas, praeſtitae ſunt auf fideicommiſſarias zielen. Die Bezahlung von 20 Aureis iſt ſchon oben vorgekommen.

§. 1053. Wenn der eine Theil den Prozeß gewinnt, ſo kann der Gegentheil ſich der gewöhnlichen Rechtsmittel gegen die Sentenz bedienen. Hat der Kläger, ein gut Urtheil erhalten, der Beklagte aber iſt mit der Sentenz nicht zufrieden, ſondern appellirt, ſo kann der Kläger, den der Mangel drückt, einsweilen aus dem Nachlaſſe ſeinen Unterhalt verlangen. L. 27. §. 3. de inoff. teſt. De inofficioſo teſtamento nepos contra patruum ſuum vel alium ſcriptum heredem, pro portione egerat et obtinuerat: Sed ſcriptus heres appellaverat. Placuit interim propter inopiam pupilli alimenta pro modo facultatum, quae per inofficioſi teſtamenti accuſationem pro parte ei vindicabantur, decerni, eaque adverſarium ei ſubminiſtrare neceſſe habere vsque ad finem litis.

Dritter Abſatz.

Beſtrafung der ungegründet erhobenen Inofficioſitäts-Klage.

§. 1054. Der verliehrende Querent wird der Legaten unwürdig erachtet, wenn der Prozeß bis zum Ende fortgeſetzt und nach vollſtändiger Unterſuchung erkannt iſt. §. 1055. Wer die Gültigkeit des Teſtaments fälſchlich anfechtet, hat die Strafe nicht zu gewarten. §. 1056. Wie wenn der Querent vor Beendigung des Prozeſſes geſtorben. §. 1057. Fortſetzung. §. 1058. Wiefern der Erbe des Ausgeſchloſſenen, der Querel wegen, ſein eigen Legat verliehre. §. 1059. Wiefern der Arrogator deſſelben dergleichen unter ſolchen Umſtänden verliehre. §. 1060. Der verliehrende Querent büßt das Legat nicht ein, ſo demjenigen ver-

vermacht iſt, der ihn zu Erben ernannt. Gleichheit der Inofficioſitäts-Klage und Beſchuldigung des Teſtaments wegen Unächtheit in dieſem Punkte. 1061. Nur diejenigen gehen verlohren, welche der Beklagte dem Kläger auszahlen ſollte. §. 1062. Auch die Legata werden dem Kläger entzogen, die ſeinem Sohne oder Knechte verlaſſen ſind. §. 1063. Des Sohnes verwegene Querel ſchadet dem Legat des Vaters nicht. §. 1064. Dasjenige bleibt gültig, was dem verliehrenden Querenten ſo vermacht iſt, daß er es an einen andern wieder abgeben ſoll. §. 1065. Der verliehrende fiduciariſche Querent verliehrt ſeine Trebellianica und der mit Legatis beſchwerte und deshalb aufgetretene fälſchliche Querent ſeine Falcidia. §. 1066. Der Legatarius, der zugleich zum Vormunde ernannt, muß, des Verluſts des Legats ohnerachtet, Vormund werden. §. 1067. Wer für einen andern die Querel Amtshalben erhoben, verliehrt die Legata nicht. §. 1068. Fortſetzung. §. 1069. Fortſetzung. §. 1070. Wohl aber, wer es als Anwald und Sachwalter auch that. §. 1071. Oder als Zeuge die Querel unterſtützt hat. §. 1072. Wenn es auch ein Knecht iſt, dem die Freyheit vermacht worden. §. 1073. Oder als Richter für den Querenten geſprochen. §. 1074. Auch mittelbare und unmittelbare Fideicommiſſen ſtehen unter der Strafe. §. 1075. Ingleichen die Pupillar-Subſtitution und die Vortheile des Codicills. §. 1076. Auch mortis cauſa capio. §. 1077. Aber nicht Schenkung von Todes wegen. §. 1078. Unmündige haben gegen die Strafe die Reſtitutio in integrum.

§. 1054.

Erhält der Kläger eine ſchlechte Sentenz, ſo iſt ihm, auſſer dem Verluſt der Hauptſache, noch die Strafe in Rechten zuerkannt, daß er die vom Erblaſſer ihm vermachten Legata einbüßt, und derſelben unwürdig gehalten wird, welche nun der Fiſcus an ſich nimmt. Otto Comm. ad Inſt. p. 299. meynt zwar, dies habe ſich nach dem neueſten Rechte geändert, weil die Querel die Legata nicht mehr unkräftig mache. Aber aus dieſem Grunde folgt der Satz nicht, den Otto daraus herleiten

will. Der Kläger muß aber, wenn die Strafe ſtatt finden ſoll, den Prozeß bis zum End-Urtheil fortgeſetzt und dieſes Urtheil erlebt haben. Er muß ihn auch nach gründlicher der Sache Unterſuchung verlohren haben. Iſt blos in Contumaciam erkannt, ſo fällt dieſe Strafe weg. L. 8. §. 14. de inoff. teſt. Meminiſſe autem oportebit, eum, qui teſtamentum inofficioſum improbe dixit, et non obtinuit, id quod in teſtamento accepit, perdere, et id fiſco vindicari, quaſi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur, quod teſtamento datum eſt, qui vsque ad ſententiam judicum lite improba perſeveraverit. Caeterum ſi ante ſententiam deſtitit, vel deceſſit, non ei aufertur, quod datum eſt. Proinde et ſi abſente eo ſecundum praeſentem pronuncietur, poteſt dici, conſervandum ei quod accepit. Eo autem ſolo carere quis debet, cujus emolumentum ad eum pertinet. Caeterum ſi id rogatus fuit reſtituere, non debet injuria fieri. Vnde non male Papinianus Lib. II. Reſponſorum refert; ſi heres fuit inſtitutus, et rogatus reſtituere hereditatem, deinde in querela inofficioſi non obtinuit, id quod jure Falcidiae potuit habere, ſolum perdere.

§. 1055. Es iſt dies der Inofficioſitäts-Klage und der, da man die Aechtheit des Teſtaments anfechtet, eigen. Wer ſonſt die Gültigkeit des Teſtaments in Anſpruch nimmt, hat dieſe Strafe nicht zu gewärtigen. Nettelbl. de eo qui de jure diſput. hered. indigno. L. 5. §. 1. de his quae vt indign. Ille qui non jure factum contendet, nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit. Ergo qui legatum ſecutus poſtea falſum dixit, amittere debebit, quod conſecutus eſt. De eo vero, qui legatum accepit, ſi neget jure factum eſſe teſtamentum, divus Pius ita reſcripſit: Cognati Sophronis licet ab herede inſtituto acceperunt legata, tamen ſi is ejus conditionis fuerit viſus, vt obtinere hereditatem

non

non poſſit, et jure inteſtati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipſo jure poterunt. Prohibendi autem ſint, an non, ex cujusque perſona, conditione, aetate, cognita cauſa, a judice conſtituendum eſt. L. 24. eod. Si teſtamentum patris jure factum filius negavit: quoniam de jure diſputavit, non judicium impugnavit, aut accuſavit retinet defuncti voluntatem. Iens. Strictur. p. 309. lieſt in L. 5. §. 1. fälſchlich: repellitur ab eo quod meruit.

§. 1056. Wenn der Kläger während des Prozeſſes ſtirbt, und dieſes die Erben von der Strafe der ohne Grund angefangenen Klage befreyen ſoll; ſo wird erfordert, daß ſeine Erben den Prozeß nicht fortſetzen. Anderer geſtalt iſt es ſo gut, als wenn der Erblaſſer die Sache bis zu Ende bey ſeinem Leben fortgeſetzt hätte.

§. 1057. Daß übrigens der Kläger die Sache bey ſeinem Leben zu Ende bringen müſſe, wenn die Strafe ſtatt finden ſoll, lehrt auch L. 8. C. de his quib. vt indign. Alia cauſa eſt ejus, qui falſi inſtituta accuſatione ad finem vsque, quod inſimulabat, perduxit, et contrariam ſententiam meruit: alia ejus, qui inchoatam accuſationem non pertulit: cum in illius (quidem) partem ſuccedat fiſcus, his autem, qui contrariam judicis ſententiam non ſuſtinuit, ſuae partis non perdat perſecutionem.

§. 1058. Wenn dem Erben des Enterbten etwas vermacht iſt, und dieſer ſein Vermächtnis einbüſſen ſoll, ſo ihm etwa der Enterber verlaſſen, ſo iſt ein Unterſchied, ob der Enterbte den Prozeß ſchon angefangen hat, oder nicht. In jenem Falle büßt deſſen Erbe ſein Legat nicht ein, wenn er gleich den Prozeß fortſetzt, und etwas verliehrt. In dieſem Falle hingegen fällt die Strafe auf den Erben, der den Prozeß erſt angefangen hat, auch in dem, was ihm ſelbſt verlaſſen iſt. L. 22 §. 2. de inoff. teſt. Multo magis ſi mihi legatum teſtator dedit, cu-

jus de inofficioſo teſtamento filius agens deceſſit, me herede relicto, egoque hereditariam cauſam peregi et victus ſum: id quod mihi eo teſtamento relictum eſt, non perdam: vtique, ſi jam defunctus agere coeperat. A. Faber begeht hier einen lächerlichen Irrthum, der ihn in groſſe Verlegenheit ſetzt. Er verſteht nemlich die Worte: me herede relicto, ſo, daß der, der meinen Sohn enterbt hat, mich zum Erben gemacht habe. Nun weiß er nicht, gegen wen der Vater Namens ſeines Sohnes klagen ſoll. Ob gegen ſich ſelbſt? Die Worte zeigen offenbar des Sohnes Erben an, welches der Vater war.

§. 1059. Ob der, dem ein Legat vermacht iſt, des Enterbten Erbe geworden, oder ſolchen arrogirt hatte, war nach den alten Grundſätzen gleich, weil alle Rechte des Arrogirten durch die Arrogation auf den Arrogator fielen. Es iſt alſo begreiflich, daß auch hier der Arrogator, der den Proceß blos fortſetzte, bey dem unglücklichen Ausgange an einem Legato nichts einbüßte; wohl aber ihn die Strafe traf, wenn er den Proceß erſt anfieng. L. 22. §. 3. de inoff. teſt. Item ſi adrogavi eum, qui inſtituerat litem de inofficioſo teſtamento ejus, qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filii, ne obtinuero, perdere me legatum non oportet, quia non ſum indignus, vt auferatur mihi a fiſco id, quod derelictum eſt, cum non proprio nomine, ſed jure cujusdam ſucceſſionis egi. Neuerlich würde der Arrogator auch nicht verliehren, wenn er erſt den Prozeß anfienge. Die Arrogation iſt keine Eintretung in alle Rechte mehr, weil ſich die Grundſätze von Peculiis geändert, die Sache müſte nun nach L. 22. §. 1. h. entſchieden werden.

§. 1060. Iſt jemand enterbt, und er verliehrt die Inofficioſitäts-Sache, beerbt aber den, dem ein Legat vermacht, oder der zu Erben ernannt iſt; ſo verliehrt er dieſen Vortheil nicht L. 5. §. 7. de his quae vt indign. Qui accuſavit falſum, heres legatario exſtitit, vel here-

di ſcripto. Nihil huic nocere dicendum eſt. §. 8. Si miles eſt, qui et inofficioſum dicit. L. 7. eod. Qui Titii teſtamentum falſum dixit nec obtinuit, heredi ejus heres exiſtere prohibendus non eſt: quia non principaliter in Titii hereditatem ſuccedit. Principaliter heiſt hier ſo viel als directe und immediate. Man muß hier vorausſetzen, daß die Strafe, wenn man in der Inofficioſitätsklage verlohren, und wenn man das Teſtament der Unächtheit und einer Verfälſchung oder Unterſchiebung beſchuldiget hat, und ſolches nicht erweiſen können, einerley iſt. Daher von dem einen Fall immer auf den andern geſchloſſen werden kann, und man füglich die Geſetze, welche vom letztern Fall reden, hieher zieht, dagegen unten bey der Falſitätsklage hieher nur remittirt wird.

§. 1061. Wenn der Kläger nur gegen den einen Miterben die Querel erhoben, gegen den andern nicht, ſo verliehrt er nur diejenigen Vermächtniſſe, welche er von ſeinem Gegner erhalten ſollen, nicht diejenigen, welche der andere Miterbe zu bezahlen hat. L. 4. de his quae vt indign. Papinianus Lib. V. Quaeſtionum ait: Si quis vnum heredem, quaſi per falſum adſcriptum, accuſavit: legatum ei non auferri, a coherede relictum, quem non inquietavit.

§. 1062. Es iſt einerley, ob das Legat dem, der die Querel ohne Grund erhoben, unmittelbar verlaſſen iſt, oder es ſeinem Sohne oder Knechte verlaſſen worden, durch den es auf ihn fällt. Genug er würde ſich mit dem Legat, als ein eigentlicher Legatarius bereichern, und er hat das Teſtament angefochten L. 5. §. 3. de his quae vt indign. Si pater accuſaverit teſtamentum, vel dominus: denegabitur ei actio etiam ejus, quod filio ejus vel ſervo legatum eſt, ſi ad ipſos emolumentum rei perventurum eſt. Quod ſi perſonam illorum ſpectet, diverſum dicendum eſt. Paul. Sent. L. 5. tit. 12.

§. 3. Si pater vel dominus id teſtamentum, quo filius ejus vel ſervus heredes inſtituti ſunt, aut legatum acceperunt, falſum redarguant, nec obtineant: fiſco locus eſt.

§. 1063. Hat der Sohn das Teſtament wider Willen des Vaters angefochten, und dem Vater iſt ein Legat darin vermacht; ſo verliehrt dieſer ſein Legat nicht, weil er für des Sohns Sünde nicht büſſen kann L. 5. §. 5. de his quae vt indign. Si filiusfamilias falſum accuſaverit teſtamentum: videndum eſt, an denegari debeat actio patri. Et puto, ſi invito patre accuſavit, non eſſe denegandam patri actionem.

§. 1064. Daß der Kläger blos ſich ſchade, und unter ſeiner Strafe kein anderer leide, iſt natürlich. Wenn er daher das, was ihm verlaſſen worden, einem andern wieder herausgeben ſoll, ſo müſſen deſſen Rechte bleiben. Nur in ſo fern er davon Abzüge zu machen hätte, tritt für ihn der Fiſcus ein. Eben dieſes beſtättigt Paul. Sentent. L. 4 tit. 5. §. 10. Heres inſtitutus habens ſubſtitutum, ſi de inofficioſo dixerit, nec obtinuerit, non id ad fiſcum, ſed ad ſubſtitutum pertinebit. §. 9. ſo ſchon oben vorgekommen. Iſt der Kläger in einem Theil, der ſeinen Pflichttheil nicht erreicht, eingeſetzt und mit Vulgar-Subſtitution ſeine Portion beſchwert, ſo hatte nach altem Rechte derſelbe nicht nöthig zur Erfüllungs-Klage zu ſchreiten, ſondern er konnte die Inofficioſitäts-Klage ergreifen. Verlohr er, ſo fiel ſein Theil an den Subſtituten.

§. 1065. Der, welcher mit einem Univerſal-Fideicommiß beſchwert war, verklagt den Fideicommiſſar, verlohr aber, wie er unterlag, ſeine Trebelliania oder Pegaſiana, ſo wie im Falle der Legaten die Falcidia, und ſolche nahm der Fiſcus hinweg. L. 5. §. 19. de his quae vt indign. Et Falcidiae beneficium heredi ſcripto auferri debere D. Pius et D. Marcus

cus putarunt. L. 6. eod. Reſcriptum eſt a principe heredem rei, quam amoviſſet, quartam non retinere. Et ideo ſi is, qui quadringenta habebat, univerſa quadringenta legavit, et heres centum ſubtraxiſſet: trecentorum quartam retinebit, ſeptuagintaquinque ſcilicet, et ducenta viginti quinque dabit legatariis. Ex centum, quae ſubripuit, legatariis quidem dabit ſeptuagintaquinque; reliqua, id eſt, vigintiquinque ad fiſcum venient. Neuerlich läſt ſich ſolches nicht mehr gedenken, da in dieſem Falle die Querel wegfallen würde, und andere Wege eintreten, nemlich daß der Fiduciar den Pflichttheil ohne Beſchwerde behält, und nur das Uebrige dem Fideicommiſſar ausliefert.

§. 1066. Wenn ein ſolcher, der das Legat verliehrt, zugleich zum Vormunde verordnet iſt, ſo muß er ohne Einwendung Vormund werden, wenn er gleich das Legat nicht erhält. Denn hätte er das Legat nicht verlohren, ſo müſte er ohne, daß ihm Excuſationes zu ſtatten kämen, Vormund werden. Er hat aber das Legat durch ſeine Schuld verlohren. Alſo kann ihm ſolches nicht zum Vortheil ſeyn. L. 5. §. 16. de his quae vt indign. Ei, qui tutor datus eſt, non prodeſt ad excuſationem, quod falſum dixit, ſed a legato removetur.

§. 1067. Diejenigen, welche nicht für ſich, ſondern für einen andern, die Querel erheben, verliehren die ihnen gegebenen Vermächtniſſe nicht, wenn gleich die Inofficioſitätsklage verunglückt iſt. Dahin gehört der Vormund, der für ſeinen Mündel geklagt hat. §. 5. I. de inoff. teſt. Sed ſi e contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioſo egerit, et ſuperatus eſt: ipſe autor, quod ſibi in teſtamento eodem relictum eſt, non amittit. L. 30. §. 1. de inoff. teſt. Tutoribus, pupilli nomine ſine periculo ejus, quod teſtamento da-

tum eſt, agere (poſſe) de inofficioſo vel falſo teſtamento, divi Severus et Antoninus reſcripſerunt. L. 22. de his quae vt indign. Tutorem qui pupilli ſui nomine falſum vel inofficioſum teſtamentum dixit, non perdere ſua legata, ſi non obtinuerit, maxima ratione defenditur: et libertum patris pupilli ſui nomine capitis accuſaverit, non repelli a bonorum poſſeſſione contra tabulas: quia officii neceſſitas et tutoris fides excuſata eſſe debet. Nec quisquam judicum calumnia notabit tutorem, qui non ſuis ſimultatibus accuſationem ſub nomine pupilli inſtituit, ſed cogente forte matre pupilli, vel libertis patris inſtantibus. Et ſi tutor reum aliquem poſtulaverit pupilli nomine et ideo non ſit executus, quod interim ad pubertatem pupillus pervenerit, non oportet dici in Turpilianum eum Senatusconſultum incidiſſe. Diſcreta ſunt enim jura, quamvis plura in eamdem perſonam devenerint aliud tutoris: aliud legatarii. Et cum non ſuae perſonae jure, ſed pupilli accuſaverit, propriam poenam mereri non debet. Denique pupillo relicta in eo teſtamento niſi a Principe conſervata ſint, pereunt. Adeo ille, eſt accuſatoris defenſor et quaſi patronus. Idem et Sabinus libris ad Vitellium ſcripſit. Das jus patronatus geht auf die Kinder über. Wenn der Freygelaſſene ſtirbt; ſo hat daher des Patrons Sohn, nach des Vaters Tode, eben ſo die Succeſſion und die bonorum poſſeſſionem contra tabulas, als der Vater ſolche gehabt haben würde. Wer aber ſeinen Freygelaſſenen aufs Leben anklagt, verliehrt dieſe Rechte. Geſchieht die Anklage von ihm nicht in ſeinem Namen, ſondern in Qualität eines Vormundes Namen ſeines Mündels, ſo ſchadet ihm dies nach L. 12. an ſeinem Patronat Rechte nicht. Die Florentina hat hier pupilli ſuo nomine. Es iſt aber falſch und muß pupilli ſui nomine geleſen werden. Wer eine Accuſation angefangen, darf nach dem SCto Turpiliano

ſolche

ſolche nicht wieder liegen laſſen. Aber, wenn ein Vormund Namens des Mündels die Accuſation erhoben und ſie nun, weil die Tutel durch die Pubertät ſich geendigt hat, nicht weiter fortſetzt, ſo handelt er dieſem SCto nicht entgegen.

§. 1068. Ferner iſt hieher zu rechnen der Advocatus fiſci. L. 5. §. 13. de his quae ut indign. Advocatum fiſci, qui intentionem delatoris exſequitur, in omnibus officii neceſſitas ſatis excuſat. Die ſeit Adrian gegebene Advocati fiſci konnten zwar nur bey der Accuſatione falſi vorkommen. Es iſt aber dieſe Stelle dennoch hieher zu ziehen geweſen, weil bey der Accuſatione falſi unten in allem ſich auf die Inoffciositäts Lehre bezogen werden ſoll.

§. 1069. Ferner gehört hieher der Vater, welcher Namens ſeines Kindes die Querel erhebt. L. 22. §. 1. de inoff. teſt. Et quaerebatur, ſi non obtinuiſſet in accuſando, an, quod patri datum eſt, publicaretur, quoniam alii commodum victoriae parat, et in hac cauſa nihil ex officio patris, ſed totum de meritis filii agitur? Et inclinandum eſt, non perdere patrem ſibi datum, ſi ſecundum teſtamentum pronunciatum fuiſſet. Der Grund: quoniam non commodum victoriae parat paßt nicht recht in die Zeiten des Tryphonin, wo das Kind dem Vater erwarb, was es durch die Querel erſtritt. Es iſt daher wahrſcheinlich ein Tribonianismus, de Retes bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 541. erklärt obtinuiſſet vom Sohne, und ein commodum victoriae parat vom ernannten Erben. Dies paßt aber nicht zum Zuſammenhange.

§. 1070. Es iſt dies jedoch nur von ſolchen Perſonen zu verſtehen, welche Amts- und Pflichtshalben für einen

einen andern Klage erheben. Wer es als ein freywilliger Sachwalter thut, iſt unter der Strafe begriffen. L. 5. §. 11. de his quae vt indign. Sunt, qui putant, (et recte) et ei denegandum, qui ac curatori adfuit; vel fidejuſſor pro eo exſtiterit.

§. 1071. Gleichwie auch der darunter gehört, welcher durch Zeugnis oder ſonſt die Querel unterſtützt hat. Dahin ſchon die vorige Stelle, aber auch L. 5. §. 10. de his quae vt indign. His vero, qui teſtimonio ſuo intentionem accuſatoris adjuverunt, deneganda eſt actio: idque divus Severus decrevit.

§. 1072. Sogar ſoll der Knecht, dem die Freyheit im Teſtamente verlaſſen worden, ſolche einbüſſen, wenn er die Beſchwerde gegen das Teſtament auf irgend eine Art unterſtützt. L. 5. §. 15. de his quae vt indign. An libertas ei ſervo data, qui teſtimonio ſuo infringere voluerit teſtamentum, auferri debeat, videndum eſt. Fideicommiſſum vtique non eſt dignus conſequi: et de libertate divus Pius judicavit, eſſe ea privandum.

§. 1073. Das iſt aber zu verwundern, daß auch der Richter, der gegen das Teſtament geſprochen hat, und deſſen Erkenntnis in der Appellations Inſtanz umgeworfen worden, ſein Legat einbüſſen ſoll. Er handelt doch auch bey ſeiner Entſcheidung nach Pflicht und es iſt immer ungewiß, ob er oder der Oberrichter die Sache beſſer eingeſehen hat. Inzwiſchen wird er ausdrücklich unter die Strafe gezogen. L. 5. §. 12. de his quae vt indign. Quidam et praeſidem indignum putant, qui teſtamentum falſum pronunciavit, ſi appellatione intercedente heres ſcriptus obtinuit. Da die Sache blos Erzählungsweiſe vorgetragen wird, was nemlich einige behaupteten, ſo hat Paulus wol ſchlechthin

hin ihnen nicht beygeſtimmt und es hängt von uns ab, von dieſer Meynung abzugehen, wozu ich ſehr geneigt bin.

§. 1074. Nicht aber blos der Legatarius verliehrt ſein Legat, ſondern auch ein Fideicommiſſarius vniverſalis oder ſingularis verliehrt ſein Fideicommiß, wenn er übereilt die Querel erhoben hat. Das gilt auch, wenn der Fideicommiſſar ſein Fideicommiß erſt aus den Händen eines Legatarii erhalten ſollte. Der Fiſcus bekommt alſo, ſtatt ſeiner das Fideicommiß von dem Fiduciar abgeliefert. Auch wenn der Miterbe des Beklagten gegen denſelben die Querel gebraucht, welches in den alten Zeiten vorkommen konnte, ſo verliehrt er ſeine Erbportion. L. 5. §. 6. de his quae vt indign. Si is, cui rogatus ſum legatum reſtituere, falſum dixerit: reſtituere id fiſco debebo.

§. 1075. Der Kläger, ſo die Querel verlohren, kommt auch um die Pupillar-Subſtitution, die ihm zu gute im Teſtamente verordnet iſt, und um das, was im Codicill, ſo neben dem Teſtamente vorhanden, und auch nicht im Teſtamente beſtättiget iſt, ihm zugetheilt worden. Wer hingegen die Pupillar-Subſtitution oder das Codicill anfechtet, verwürkt nicht den Vortheil des Teſtaments und der Haupt-Inſtitution. L. 5. §. 14. de his quae vt indign. Qui pincipale teſtamentum arguit et a ſecundis tabulis repellendus eſt; item a codicillis ad teſtamentum factis, licet non confirmatis. Non item ſequendum eſt, ſi ſecundas tabulas vel codicillos coarguit: quia non vtrumque hoc caſu improbaſſe videtur. L. 15. eod. Heredi, qui falſos codicillos eſſe dixit, neque obtinuit, hereditas non aufertur. Si tamen aliquid a coherede codicillis acceperit, ejus actio denegabitur. Itaque ſi bonorum inter heredes diviſionem defun-

functus codicillis fecerit: partes quidem hereditarias, in quibus legatum conſiſtere non potuit, tenebit. Sed Falcidiae beneficio non vtitur, ſi tantum in amiſſis portionibus erit, quo Falcidiam aequitate compenſationis recuſaret. Was von Anfechtung der Codicille geſagt worden, gilt blos von der accuſatione falſi, wird aber hier mit genommen, weil man unten bey der accuſatione falſi ſich hieher beziehen wird. Wenn gegen das Codicill der Proceß verlohren iſt, ſo verliehrt doch der Kläger das, was ihm in dem Codicill verlaſſen worden. Iſt in dem Codicill für den Erben ein Legat enthalten, ſo bekommt er davon nur die Hälfte als Legatarius, ſo ihm ſein Miterbe zu geben hatte. Die andere Hälfte, die er von ſich ſelbſt bekommen würde, bleibt ihm als Miterben, jure heredis et hereditario. Alſo nur die erſtere Hälfte von dem im Codicill enthaltenen Legat verliehrt er zur Strafe und ſie fällt dem Fiſcus zu. Iſt ihm ein Prälegat vermacht, ſo der Miterbe geben ſoll, dagegen er dieſem auch ein Prälegat zu geben hat, und er will ſeinen Legatarien die Falcidia abziehen, ſo wird, ſo fern der Miterbe dazu geben kann, ſolchem das von dem zu gebenden Prälegat dagegen zu gute und in Abrechnung gerechnet. Was andere Legatarii dieſem Miterben, der die Falcidia abzieht, dazu zu contribuiren haben, darauf wird das Prälegatum zu deren Minderung nicht gerechnet. Si bonorum inter heredes diviſionem defunctus codicillis fecerit muß hier nach dem Zuſammenhange nicht von einer Theilung des ganzen Nachlaſſes verſtanden werden, ſondern von Vertheilung einiger Legatorum im Codicill an die Erben. Wenn gleich der Miterbe ſein Prälegat, das ihm der andere Miterbe zahlen ſollen, durch die Querel verlohren hat, ſo wird es doch dieſem bey Abzug der Falcidiae ſo der Beſtrafte in Anſehung ſeiner vornehmen will, zu gute gerechnet; weil der Beſtrafte ſchuld daran iſt, daß er es verlohr.

§ 1076.

§. 1076. Eben ſo verliehrt auch der übereilte Kläger das, was ihm als mortis cauſa capio nach dem Teſtamente zu fallen ſollen L. 5. §. 18. de his quae vt indign. Alia cauſa eſt ejus, qui propter teſtamentum a legatario vel a ſtatu libero accipere juſſus eſt. Hic enim vt indignus repellitur.

§. 1077. Dagegen iſt die Schenkung von Todeswegen unter den verwürkten Emolumenten nicht begriffen. l. c. §. 17. Qui mortis cauſa donationem accepit a teſtatore, non eſt ſimilis in hac cauſa legatario. Sie geſchieht allemal auſſerhalb des Teſtaments und kann darin nicht geſchehen. Daher ſie von Legaten darin unterſchieden, daß dieſe, wenn ſie auch in einem vorkommenden Falle auſſer dem Teſtamente gemacht worden, dennoch im Teſtamente hätten verordnet werden können.

§. 1078. Die Unmündige werden mit der Strafe verſchont, wenn gleich die Querel mit Zuthuung des Vormundes von ihnen erhoben worden. L. 5. §. 9. de his quae vt indign. Aetati ejus, qui accuſavit, ignoſcitur, et maxime ſi tutor vel curator dicere falſum vel inofficioſum velit. Et ita Imperatores Severus et Antoninus reſcripſerunt. Paul. Sentent. L. 5. tit. 12. §. 4. Nach Strenge der Rechte verliehrt der Pupill das Legat. Aber ihm wird Reſtitutio in integrum zu Theil, welche die Obrigkeit oder der Landesfürſt ertheilt. So iſt L. 22. eod. zu vereinigen.

Vierter Aufſatz.

Aufhebung der Inofficioſitäts-Klage.

§. 1079. Man kann auch wegen ungegründeter Querel den Vormund in Anſpruch nehmen. §. 1080. Man kann ſich

der

der Querel ausdrücklich begeben nur nicht bey Leben des Erblaſſers. §. 1081. Es giebt auch eine ſtillſchweigende Verzicht. §. 1082. Z. E. durch Annehmung eines Legats oder mortis cauſa capion. §. 1083. Beſonders Annehmung deſſen, ſo einem Legatario libertatis zur Bedingung auferlegt iſt. §. 1084. Gegen andere Anfechtungen des Teſtaments auſſer Beſchuldigung der Inofficioſität, ſchadet die Annehmung eines Legats nicht. §. 1085. Die Abforderung des Legats ſchadet nur an der Querel, wenn das Legat gültig iſt. §. 1086. Vortheil, den der Querent, ohne Abforderung eines Legats aus dem Teſtamente ipſo jure hat, ſchadet der Querel nicht. §. 1087. Ob noch neuerlich die Annehmung eines Legats der Querel ſchade. §. 1088. Andere Anerkennungen des Erben, ſo der Querel ſchaden. §. 1089. Wie wenn man ſie für einen andern freywillig, oder §. 1090. Von Amtswegen vornimmt. §. 1091. Fortſetzung. §. 1092. Wenn der ernannte Erbe dem Ausgeſchloſſenen eine durch die Erbſchaft bekommene Sache vermacht, und dieſer ſie annimmt, ſo verliehrt er die Querel. §. 1093. Ingleichen wenn der Enterbte ein ſeinem Erblaſſer vermachtes Legat abfordert. §. 1094. Der Erbe des Enterbten, dem ein Legat vermacht iſt, verliehrt durch deſſen Annehmung die Querel nicht. §. 1095. Die Annehmung eines dem Knechte des Enterbten gegebenen Legats ſchadet der Querel. §. 1096. Die Annehmung des Legats durch den Vater für ſeinen Sohn ſchadet ihr nicht. §. 1097. Wenn der Enterbte für die Ahndung des am Erblaſſer verübten Mordes ſorgt, begiebt er ſich der Querel nicht. §. 1098. Abtretung von der angefangenen Querel hebt ſie auf immer. §. 1099. Der Erbe kann ſie nicht erneuren. §. 1100. Es ſey denn, daß der Enterbte zur Abtretung vom Gegentheil verleitet worden. §. 1101. Vergleich hebt das Recht des Querenten, nicht aber der Legatarien. §. 1102. Von Wiederherſtellung der Querel bey Verletzung des Vergleichs.

§. 1079.

Statt dieſer Wiederherſtellung in den vorigen Stand kann auch der Mündel ſeinen Vormund in Anſpruch nehmen,

und

und von ihm die Entſchädigung wegen des verlohrnen Legats verlangen, wenn derſelbe mit offenbarer Chicane den Prozeß erhoben. In ſolchem Falle kann ihn auch der Gegentheil, des durch die Chicane veranlaßten Schadens wegen, belangen. L. 2. C. de his quib. vt indign. Polla quidem liberam habuit adminiſtrandi patrimonii ſui poteſtatem: nec idcirco, quod pupillus illi heres exſtitit, ea, quae ab ipſa finita ſunt, revocari in diſceptationem oportet. Sed ſi pupilli nomine falſum dicere vis teſtamentum, de quo per Pollam transactum eſt, potes experiri: dum memineris, ſi in cauſa obtinueris et portionem, quam ex eo teſtamento pupillus habet, te ei ſalvam facturum (quam ademi pupillo neceſſe erit ſecundum juris formam) et de calumnia tua praeſidem deliberaturum, quamvis pupilli nomine agere videaris, cum retractus ea, quae finita ſunt per coheredem. Der Erblaſſer hatte eine erwachſene Tochter, Polla, einen unmündigen Sohn und Freunde zu Erben verlaſſen. Die Tochter hatte wegen der Aechtheit des Teſtaments einen Prozeß angefangen, ſich aber mit den fremden Erben verglichen. Der Mündel war ſeiner Schweſter, der Tranſigentin, Erbe geworden. Ein Vormund fochte die Aechtheit des Teſtaments an wegen der Portion ſeiner Schweſter, und als deren Erbe konnte er ſolches nicht, weil dieſe ſich ſchon verglichen hatte, welches ſie nach ihrem Gefallen thun können. Polla liberam habuit adminiſtrandi patrimonii ſui poteſtatem. Der Erbe kann das nicht wieder rege machen, weshalb ſich der Erblaſſer verglichen. Ea, quae ab ipſa finita ſunt, revocari a pupillo in diſceptationem non oportet. Wegen der Portion des Kindes kann die Klage noch ſtatt finden. Sed ſi pupilli nomine etc. Wenn der Prozeß verlohren geht, kann der Mündel nur ſeine Portion, nicht die Portion ſeiner Schweſter verlieren. Die letztere erhält er nicht principaliter oder directe et

immediate, wie es oben hieß. Daher iſt dieſe unter der Strafe nicht begriffen. Die Portion des Mündels aber geht ſtricto jure (ſecundum juris formam) verlohren. Der Vormund muß dieſen Verluſt dem Mündel bey offenbarer Chicane vergüten. Memineris - te ei ſalvam facturum. Die Worte: cum retractus ea etc. zielen nicht blos auf die Portion der Pollae. Ueberhaupt, indem der Vormund das Teſtament der Aechtheit wegen, auch in Anſehung der Portion des Mündels anfechtet, bringt er den Punkt wieder in Bewegung, über welchen ſich die Polla verglichen hat.

§. 1080. Wer ſich der Querel freywillig begiebt, kann natürlich davon keinen Gebrauch machen. Dieſe Begebung geſchieht ausdrücklich oder ſtillſchweigend. Das erſtere iſt gültig, wenn es nach dem Tode des Erblaſſers geſchieht, da bey den Römern bey Leben deſſelben keine Verträge über die Erbſchaft ſtatt fanden. L. 31. §. 4. de inoff. teſt. Quid ergo, ſi alias voluntatem teſtatoris probaverim? Puta in teſtamento adſcripſerim poſt mortem patris conſentire me? Repellendus ſum ab accuſatione ſtillſchweigend geſchieht es auf mancherley Art.

§. 1081. Wofern z. E. der Enterbte durch Annehmung eines Vortheils aus dem Teſtamente oder ſonſt das Teſtament anerkannt, verliehrt er dadurch die Inofficioſitätsklage. L. 7. C. Th. de inoff. teſt. Si quis defuncti agnoverit voluntatem, de inofficioſo agere non prohibetur. Es iſt eine Verordnung des K. Theodoſius von 424.

§. 1082. Beſonders alſo geſchieht ſolches durch Annehmung eines Legati und einer mortis cauſa capionis L. 8. §. 10. de inoff. teſt. Si conditioni parere teſtator heredem juſſit in perſona filii vel alterius, qui eamdem

dem querelam movere poteſt; et ſciens is accepit: videndum eſt, ne ab inofficioſi querela excludatur. Agnovit enim judicium. Idem eſt, et ſi legatarius ei vel ſtatu liber dedit. Et poteſt dici excludi eum, maxime ſi heredem ei juſſerat dare. Caeterum ſi legatarium; numquid ſemel natam inofficioſi querelam non perimat legati oblatio? Cur ergo in herede abſolute diximus? Quoniam ante aditam hereditatem nec naſcitur querela. Ego eventum puto ſequendum in hac re: vt, ſi forte antequam judicium moveatur, oblatio ei fiat ejus, quod relictum eſt, quaſi ex voluntate teſtatoris oblato eo, ſatis ei factum videatur. Dieſe ſchwere und dunkele Stelle hat A. Faber ſehr weitläufig kritiſirt, und hier von vorn bis hinten blos Tribonians Unſinn angetroffen. Es ſey damit, wie ihm wolle; ſo ſteht die Sache einmal da, und wider ſie ſelbſt darf nichts geſagt, oder ſie verworfen werden. Die Ausdrücke und Wendungen verrathen freylich eine ſpätere Hand. Es kommt nur darauf an, wie alles zu verſtehen ſey. Der Sinn iſt, glaube ich, folgender. Der Erblaſſer hat einen fremden Erben ernennt und ſeinen Sohn enterbt. Jedoch hat er den Erben mit der Bedingung eingeſetzt, wenn er dem Sohne etwas Gewiſſes auszahlen würde, oder er hat Jemanden ein Legat unter dieſer Bedingung ertheilt, oder einem Knechte unter dieſer Bedingung die Freyheit gegeben. Vel ſtatu liber dedit. Der Sohn hat das, was ihm als Legat, oder mortis cauſa capio zugedacht worden, würklich angenommen. Hat er ſich der Querel begeben? Die Frage geht mit videndum an, und hört mit ſtatu liber dedit auf. Idem eſt et ſi legatarius etc. iſt zu überſetzen: Eben die Frage entſteht. Videndum eſt ne etc. iſt ſoviel, als: quaeritur, an. Die Antwort iſt. Ja der Sohn verliehrt durch Annehmung deſſen, was ihm gegeben werden ſollen, in beyden Fällen, die Querel. Ungezweifelter in dem Fall, wenn der Erbe ſelbſt

die Abgabe thun ſollen und gethan hat, und da auf alle Fälle. Maxime. Bey ihm, wenn er, etwas dem Sohne zu geben hat, wird durch Erfüllung der Bedingung die Antretung der Erbſchaft begründet, worauf die Gültigkeit des Teſtaments dergeſtalt beruhet, daß auch, wie oben vorgekommen, erſt nach der Antretung der Erbſchaft die Querel möglich wird. Quoniam ante aditam hereditatem nec naſcitur querela. Wenn nun der Sohn von ihm das, was ihm gegeben werden ſoll, annimmt, ſo trägt er ſelbſt dazu bey, daß der Erbe das Teſtament recht begründen kann. Daher iſt ohne Unterſchied die Annahme der von ihm zu thuenden Abgabe eine Anerkennung des Teſtaments. Cur ergo in herede abſolute diximus? Ob der Legatarius die Bedingung ſeines Legats erfüllt oder nicht, das hat in Begründung des Teſtaments keinen Einfluß. Daher iſt nicht allemal die Annehmung deſſen, was er zu geben hat, eine Anerkennung des Teſtaments. Es kommt darauf an, ob der Sohn die Querel erhoben hat, oder nicht. Ego eventum puto ſequendum. Iſt das erſtere, und der Legatarius giebt während des Prozeſſes dem Sohn, was er ihm geben ſollen, ſo kann das der Querel nicht ſchaden. Der Kläger nimmt dies auf Abſchlag der ganzen Erbſchaft, welche er abfordert. Verliehrt er den Prozeß, ſo wird ers dem Fiſco herausgeben. Gewinnt er; ſo bekommt er ohnedem alles, was der Legatarius erhalten hat. Die geſchehene Anſtellung und nun erfolgende Fortſetzung des Prozeſſes kann man für eine Proteſtation halten, daß ſich der Sohn durch die Annehmung nichts in Anſehung der Erbſchaft vergeben wolle. Iſt das letztere; ſo kann man die Annehmung der mortis cauſa capion als eine Anerkennung des Teſtaments anſehen, weil dieſelbe doch dem Willen des Erblaſſers, und dem Teſtamente gemäß iſt, und dabey dieſer Wille, als gültig vorausgeſetzt wird, keine Proteſtation hingegen, ſich nichts zu ver-

vergeben, in dieſem Falle entgegen ſteht. Quaſi ex voluntate teſtatoris oblato eo. Oblatio ei fiat muß hier mit Würkung verſtanden werden, dergeſtalt nemlich, daß auch der Sohn das Anerbieten ſich gefallen laſſen. Satis ei factum heiſt hier: Er iſt nun dergeſtalt abgefunden, daß er weiter gar nichts an der Erbſchaft ſuchen kann.

§ 1083. Von der einem Legatario libertatis auferlegten Bedingung, redet noch beſonders L. 12. §. 1. de inoff. teſt. Si a ſtatu libero exheredatus pecuniam petere coeperit, videri agnoviſſe parentis judicium. Man ſieht hier, daß nicht eben die Annehmung des Emoluments zu Anerkennung des Teſtaments erfordert wird, ſondern auch ſchon die Forderung deſſelben dieſe Würkung hat.

§. 1084. Daß die Annehmung eines Legats der Querel ſchade, iſt ihr allein eigen. Wer ſonſt die Gültigkeit des Teſtaments beſtreiten will, dem ſchadet ſolche Annehmung nicht. L. 5. pr. de his quae ut indign. Poſt legatum acceptum, non tantum licebit falſum arguere teſtamentum, ſed et non jure factum contendere: inofficioſum autem dicere non permittitur. L. 5. §. 1. de his quae ut indign. Ille, qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit. Ergo qui legatum ſecutus eſt, poſtea falſum dixit, amittere debebit; quod conſecutus eſt. De eo vero, qui legatum accepit et negat jure factum eſſe teſtamentum, divus Pius ita reſcripſit: Cognati Sophronis licet ab herede inſtituto acceperunt legata: tamen ſi is ejus conditionis fuerit viſus, ut obtinere hereditatem non poſſit, et jure inteſtati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipſo jure poterunt. Prohibendi autem ſint, an non, ex cujusque perſona, conditione,

 aeta-

aetate: cognita cauſa, a judice conſtituendum erit. Bey der Annehmung eines Legats aus einem Teſtamente, deſſen Ungültigkeit man nachher anfechten will; kommt es darauf an, ob dem Legatarius die Umſtände der Ungültigkeit ſchon bekannt geweſen, oder nicht. Im erſten Falle hat er ſich der Anfechtung des Teſtaments begeben. In dieſem ſchadet ihm ein error facti nicht. Bey einem errore juris kommt es darauf an, ob der Annehmer ein ſolcher ſey, dem error juris zu Gute gehalten wird oder nicht. Jener iſt noch zur Anfechtung des Teſtaments zuzulaſſen. Dieſer nicht: das wollen die Worte L. 5. §. 1. Prohibendi autem ſint etc.

§. 1085. Die Abforderung eines Legats ſchadet dem Enterbten nur alsdenn, wenn er ſolches würklich erhält. Wenn ſich findet, daß es der Erblaſſer wiederruft, oder ſonſt etwas hindert, daß es der Kläger nicht erhalten kann; ſo ſchadet ihm die vorgegebene erhobene Klage in Anſehung ſeiner Querel nicht. L. 12. §. 2. de inoff. teſt. Si cum filius ademtum ſibi legatum inſtituerit petere, ſummotus repetat inofficioſi querelam, praeſcriptione removendus non eſt. Quamvis enim agendo teſtamentum comprobaverit, tamen eſt aliquid, quod teſtatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non ſit.

§. 1086. Wenn ohne Abforderung oder beſondere in Empfangnehmung das Legat dem Enterbten nützt, ſo fehlt es dabey an einer Anerkennungs-Handlung, ſo das Teſtament beträfe. Der Vortheil den in ſolchem Falle der Enterbte macht, nimmt ihm alſo die Querel nicht. L. 2. §. 3. de inoff. teſt. Filius teſtatoris, qui cum Titio ejusdem pecuniae reus fuerat liberatione Titio legata, per acceptilationem Titii liberatur, ab actione inofficioſi non ſummovebitur.

§. 1087.

§. 1087. Otto Comm. ad Inſt. p. 298. behauptet, daß nach dem neueſten Rechte die Annehmung eines Legats der Inofficioſitäts-Klage nicht mehr entgegen ſey, weil dieſe die Legata nicht mehr unkräftig mache. Aber aus dem Grunde folgt der Satz nicht, den Otto darauf bauen will, da das Legat vom ernannten Erben doch nicht angenommen werden kann, ohne ihn für den Erben zu erkennen.

§. 1088. Die Anerkennung des Teſtaments und des Erben geſchieht auch, wenn man ſonſt etwas vornimmt, welches nicht geſchehen kann, wofern man nicht den Teſtamentserben, als den wahren Erben gelten laſſe. Dahin gehört, wenn man ihm Erbſchaftsſtücke abkauft, oder abmiethet und abpachtet, oder ſonſtige Contracte über dergleichen Sachen mit ihm ſchließt, ihre Schulden, womit man dem Erblaſſer haftete, bezahlt, oder ſolche von ihm fordert, oder bezahlt nimmt u. ſ. w. L. 23. §. 1. de inoff. teſt. Si hereditatem ab heredibus inſtitutis exheredati emerunt, vel res ſingulas ſcientes eos heredes (eſſe aut conduxerunt praedia, aliudve quid ſimile fecerunt,) vel ſolverunt heredi quod teſtatori debebant, judicium defuncti agnoſcere videntur et a querela excluduntur.

§. 1089. Wenn man nicht für ſich, ſondern für einen andern obige Handlungen vornimmt, ſo iſt ein Unterſchied, ob man es freywillig, oder Amts halber thue. In jenem Falle begiebt man ſich der Querel, die man hätte erheben können, ſo gut, als wenn man für ſich gehandelt hätte. L. 32. pr. de inoff. teſt. Si exheredatus petenti legatum ex teſtamento advocationem praebuit, procurationemve ſuſceperit, removetur ab accuſatione. Agnoviſſe enim videtur, qui quale quale judicium defuncti comprobavit.

§. 1090. Wenn hingegen von Amts wegen das Legat geſucht oder genommen wird; ſo ſchadet man ſich dadurch an ſeiner ſelbſt habenden Querel nicht §. 4. l. de inoff. teſt. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex teſtamento patris ſui legatum acceperit, cum nihil erat ipſi tutori relictum a patre ſuo: nihilominus poterit nomine ſuo de inofficioſo patris teſtamento agere.

§. 1091. Von dieſer letztern Klaſſe iſt zu verſtehen L. 10. §. 1. de inoff. teſt. Illud notiſſimum eſt, eum qui legatum perceperit, non recte de inofficioſo teſtamento dicturum: niſi id totum alii adminiſtravit. Sonſt wäre ein Widerſpruch mit L. 32. pr. eod.

§. 1092. Wenn der Enterbte des ernannten Erben Erbe werden kann, ſo ſchadet er ſich dadurch nicht, wofern er es wird, wie ſchon oben da geweſen. Er iſt auch dieſer Erbſchaft durch Anfechtung des Teſtaments, worin ſein Erblaſſer ernannt iſt, nicht verluſtig. Wenn ihm aber dieſer ernannte Erbe eine Sache vermacht, welche ſelbſt er aus dem mit Inofficioſität behafteten Teſtamente und Erbe her hat; und er nimmt ſie an; ſo verliehrt er dadurch ſeine Querel. L. 31. §. 3. de inoff. teſt. Diverſum dicemus, ſi legaverit mihi eam rem, quam quis ex eo teſtamento acceperit. Nam ſi eam agnoſcam, repellar ab accuſatione. Das quis iſt hier verſchoben, und ſoll gleich nach ſi und vor legaverit ſtehen.

§. 1093. Iſt das Legat nicht dem Enterbten vermacht, ſondern einem andern, aber der Enterbte iſt deſſen Erbe geworden, und hat daher als Erbe ſolches geſucht oder angenommen, ſo hat er ebenfalls das Teſtament, ſo ihn enterbt, anerkannt, und iſt der Querel verluſtig L. 32. §. 1. de inoff. teſt. Si legatario heres exſti-

exſtiterit exheredatus, petierit legatum: videbimus, an ſit ſubmovendus ab (hac) accuſatione. Certum eſt enim, iudicium defuncti: et rurſus nihil ei ex teſtamento relictum, verum eſt. Tutius tamen fecerit, ſi ſe abſtinuerit a petitione legati. Certum muß hier wohl heiſſen: von ausgemachter Unbilligkeit.

§. 1094. Sollte umgekehrt der Enterbte geſtorben ſeyn, und den zum Erben verlaſſen haben, welchem ein Legat in demſelben Teſtamente, worinn die Enterbung geſchehen, vermacht iſt, dieſer aber das Legat abgefordert haben; ſo hat er dadurch die Querel, welche ſeinem Erblaſſer zukam, und die auf ihn übergegangen, nicht verlohren.

§. 1095. Ob der enterbte Sohn ſelbſt ein Legat vermacht bekommen, und ſolches angenommen, oder ob es deſſen Knechte gegeben iſt, durch welchen es der Herr erhalten, iſt einerley. Genug es iſt mit ſeiner Einwilligung das Vermächtnis ſein geworden, und es iſt ſo gut, als wenn es ihm unmittelbar vermacht wäre, da der Knecht es eigentlich nicht erhält. L. 12. pr. de inoff. teſt. Nihil intereſt, ſibi relictum legatum filius exheredatus agnoverit, an filio ſervove relictum, conſecutus ſit. Vtrobique enim praeſcriptione ſubmovebitur. Quia etiam ſi idem inſtitutum ſervum prius, quam adire hereditatem juberet manumiſerit, ut ille ſuo arbitrio adeat hereditatem, idque fraudulento conſilio fecerit, ſummovebitur ab actione. Der Zuſatz enthält einen Fall, wo der Enterbte blos ſeinen Vater zu kränken handelte. Wenn er den Knecht, der Erbe werden ſollen, unter ſeiner Gewalt behalten hätte, ſo wäre ihm die ganze Erbſchaft zugefallen. Er hatte alſo eine Querel nicht nöthig. Blos alſo um an dem Teſtamente zum Ritter zu werden, gab er dem Knecht vor

der Antretung der Erbſchaft die Freyheit, daß er für ſich die Erbſchaft annehmen möchte, und nun klagte er gegen ihn wegen der Inofficioſität. Dies wurde nicht geſtattet, weil es ein bloſſer Fraus und eine unerlaubte Kautel war.

§. 1096. Steht der Sohn, den die Mutter enterbt, und dem ſie zugleich ein Legat vermacht hat, unter väterlicher Gewalt, und hat der Vater in ſeine Seele das Legat abgefordert und angenommen, ſo hindert dieſes nicht, daß der Sohn ſelbſt, oder der Vater in deſſen Seele die Querel gebrauchen könne. Denn der Vater konnte ſeinem Sohne durch die Annehmung des Legats nichts vergeben. L. 22. pr. de inoff. teſt. Titius non impeditur, quominus inofficioſum teſtamentum matris accuſaret, ſi pater ejus legatum ex teſtamento matris accipiet, vel adiſſet hereditatem, quamquam in ejus eſſet poteſtate. Nec prohiberi patrem dixi jure filii accuſare. Nam indignatio filii eſt. Quamquam in ejus eſſet poteſtate iſt ein Zweifelsgrund. Die ficta unitas ſcheint die That des Vaters zur That des Sohns zu machen.

§. 1097. Dadurch, daß der Enterbte für die Unterſuchung einer an dem Enterbten verübten Mordthat ſorgt, begiebt er ſich der Querel nicht. L. 18. de SCto Silan. Ex inofficioſo teſtamento queri idem et mortem vindicare defuncti non prohibetur: idque Paulus reſpondit.

§. 1098. Wenn der Enterbte die angefangene Querel wieder liegen läſt, und ſich derſelben begiebt; ſo fällt ſie auf immer weg, und darf nicht wieder in Bewegung gebracht werden. L. 8. §. 1. de inoff. teſt. Si quis poſt rem inofficioſi ordinatam litem dereliquerit: poſtea

poſtea non audietur. Es iſt aber hier eine deutliche und ausdrückliche Renunciation erforderlich. Ein bloſſes liegen laſſen, wobey weiter nichts geſchieht, iſt nur Nachläßigkeit, die man allemal verbeſſern kann, ſo lange keine Präcluſion geſchehen.

§. 1099. Noch weniger kann der Erbe den vom Erblaſſer dergeſtalt aufgegebenen Proceß wieder erneuern L. 15. §. 1. de inoff. teſt. Heredi ejus, qui poſt litem de inofficioſo praeparatam, mutata voluntate, deceſſit, non datur de inofficioſo querela. Non enim ſufficit litem inſtituere, ſi non in ea perſeveret.

§. 1100. Sollte inzwiſchen der Gegenpart den Kläger durch Liſt und Betrug zur Auflaſſung des Prozeſſes gebracht haben, ſo iſt die Handlung nicht gültig, oder kann umgeſtoſſen und der Prozeß wieder erneuert werden. L. 21. pr. de inoff. teſt. Eum, qui in officioſi teſtamenti querelam inſtituit, et fraude heredis ſcripti, quaſi tertiam partem hereditatis tacite rogatus eſſet ei reſtituere, reliquit eam actionem, non videri deſeruiſſe querelam. Et ideo non prohiberi eum repetere inchoatam (actionem.) Es iſt etwa dem Renuncianten allerley weis gemacht worden, was man ihm zuwenden wolle, wenn er ſich der Klage begebe, und es wird hernach von allem nichts gehalten.

§. 1101. Vergleicht ſich der Enterbte mit dem Teſtaments-Erben; ſo hebt dieſer Vergleich die Inofficioſitäts-Klage und Irrung unter den tranſigirenden Partheyen. Aber die Legatarien können darunter nicht leiden, ſondern die Vermächtniſſe müſſen ſo ausgezahlt werden, als wenn das Teſtament nicht angefochten worden wäre. Es erhellet nicht, und iſt nicht ausgemacht, daß gegen das Teſtament mit Grunde etwas zu erinnern

gewe-

geweſen. Nach dem neueſten Rechte leiden die Legatarien ſelbſt unter der ausgemachten Inofficioſität nicht. L. 29. §. 2. de inoff. teſt. Quamvis inſtituta inofficioſi teſtamenti accuſatione, res transactione deciſa ſit, tamen teſtamentum in ſuo jure manet: et ideo datae in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, ſuam habent poteſtatem. Die Legatarien halten ſich ſämtlich noch an den Teſtaments-Erben. Dieſer mag zuſehen, wie er deshalb mit dem Enterbten einig geworden. Er kann den Legatarien wegen deſſen, was er dem Enterbten gegeben, nichts anrechnen, auch nicht um deswillen mehr an Falcidia abgeben.

§. 1102. Der Erbe, mit welchem der Vergleich eingegangen worden, muß ihn nicht verletzen und brechen. Geſchieht ſolches dergeſtalt, daß ſich nicht gut auf Erfüllung klagen läßt; ſo iſt der Enterbte berechtigt, ſeine Querel wieder hervor zu ſuchen. L. 27. pr. de inoff. teſt. Si inſtituta de inofficioſo teſtamento accuſatione, de lite pacto transactum eſt, nec fides ab herede transactioni praeſtatur, inofficioſi cauſam integram eſſe placuit. Wie dieſe Stelle mit L. 66. de transact. zu vereinigen lehrt Noodt de pact.

Fünfter Abſchnitt.

Ausfall der Erbeinſetzung wegen Unwürdigkeit des Erben.

Erſter Abſatz.

Von Unwürdigkeit des Erben überhaupt.

§. 1103. Von der Unwürdigkeit des Erben. §. 1103 b Darin iſt nichts geändert. §. 1104. Sie ſetzt voraus, daß die Erbein-

Erbeinſetzung übrigens gültig ſey. §. 1105. Sie iſt eben dieſelbe, wenn auch der Erblaſſer als Filiusfamilias, teſtirt hat. §. 1106. Der Fiſcus ſchließt hier den Subſtituten aus. §. 1107. Ob die Confuſion, ſo durch die Annehmung der Erbſchaft entſtanden, bey Eintretung des Fiſcus wieder aufgehört. §. 1108. Ob bey der Unwürdigkeit allemal der Fiſcus eintrete. §. 1109. Rechte und Pflichten des eintretenden Fiſcus. §. 1110. Beſonders deſſen Pflicht zu den Verordnungen des Erblaſſers. §. 1111. Fortſetzung. §. 1112. Dergleichen. §. 1113. Dergleichen. §. 1114. Wofern die Verwürkung der Erbeinſetzung die Legata mit begreift. §. 1115. Die Erbſchaft kann des unwürdigen Erbens Erben noch entzogen werden. §. 1116. Unmündige ſind von der Strafe der Unwürdigkeit frey. §. 1117. Die Unwürdigkeit des einen Miterben ſchadet dem andern nicht. §. 1118. Welche Art von Klage dem Fiſcus zuſtehe. §. 1119. Die Belohnung der Angabe ſeiner ſelbſt fiel bey der Unwürdigkeit der Erben weg.

§. 1103.

Die Fälle anlangend, wo die Erbſchaft dem Erben als einem Unwürdigen entzogen wird; ſo gehört die Ausführung davon zwar eigentlich nicht zu den, die Teſtamente beſonders angehenden Materien, weil in Fällen, wo Teſtamentserben für unwürdig geachtet werden, gemeiniglich auch die Inteſtaterben gleiches Schickſal haben. Da aber doch viele ſolcher Fälle den Teſtamentserben eigen ſind, und es nicht gut iſt, dieſe Materie zu zertrennen; ſo wird es am ſchicklichſten ſeyn, hier dieſen Punkt auszuführen. Unwürdige Erben ſind ſolche, die an ſich zur Erbſchaft tüchtig, und derohalben fähig ſind, ſo daß ſie allerdings im Teſtamente zu Erben ernannt werden können, gegen welche aber wegen eines beſondern Verhältniſſes in Rückſicht des Erblaſſers die Geſetze einen ſolchen Haß haben, daß ſie ihnen die Erbſchaft nicht laſſen wollen, ſondern daß entweder ſolche der Fiſcus an ihrer Stelle hinnimmt, oder ſie dem

zu,

zufällt, dem ungültige Erbtheile nach den Grundſätzen an ſich zugehören.

§. 1003 b. In den Grundſätzen von der Unwürdigkeit des Erben und des Verfalls der Erbgüter an den Fiſcus, wo eine Unwürdigkeit vorhanden, hat Iuſtinian nichts geändert. L. 1. §. 12. C. de Caduc. teſt. Quae autem antiquis legibus dicta ſunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos ſimili modo intacta ſervamus.

§. 1104. Es iſt ſo gar erforderlich, daß der Unwürdige an ſich ein fähiger Erbe ſey, und gegen die Erbeinſetzung aus keinem andern Grunde ſich etwas einzuwenden finde, ſo daß ſie keine andere Nichtigkeit an ſich haben muß, und von allen Seiten beſtehen würde, wenn nicht die Unwürdigkeit den Erben um ſeine Hofnung brächte. Denn iſt ſonſt etwas einzuwenden, ſo gehört der Fall nicht unter die bey Unwürdigkeiten anzuwendende Grundſätze, ſondern iſt nach den Folgen ſeines anderweitigen Mangels zu beurtheilen. L. 25. §. 1. de his quae ut indign. Apud Scaevolam lib. XXX. Digeſtorum Claudius notat. Si vivo teſtatore deceſſerit is, cui illicite legatum relictum erat, non fiſco hoc vindicatur, ſed apud eum a quo relictum eſt, remanet. Das was hier vom Legate ſteht, gilt auch von der Erbeinſetzung, da im Punkte der Unwürdigkeit Erben und Legatarii einander gleich ſind. Was hier von dem Tode des Unmündigen, von dem Erblaſſer geſagt wird, gilt, nach der Gleichheit des Grundes von jeder andern Zernichtung der Einſetzung oder des Vermächtniſſes.

§. 1105. Bey Teſtaments Erben iſt es einerley, wer der Erblaſſer geweſen. Wenn ſelbiger auch ein Filiusfamilias war, der über ſein peculium caſtrenſe vel quaſi ein Teſtament machte, ſo haben dieſelben Fälle der Unwürdigkeit ſtatt; als wenn er ein Paterfamilias gewe-

geweſen wäre. L. 8. §. 1. de SCto Silan. Si filiusfamilias, qui in caſtrenſi peculio teſtatus eſt, occiſus ſit: omnimodo id defendendum eſt, ut ex quibus caſibus ad fiſcum patrisfamilias bona pertinent, his caſibus et hujus peculium potius, quam ad heredes, qui deliquerunt in adeundo, et ſimilibus, ultive non ſunt. Die Anmerkung wird darum gemacht, weil nicht allemal, wenn eines patrisfamilias Vermögen dem Fiſcus zufiel, ſolches auch in gleichem Falle bey einem Filiofamilias in Anſehung deſſen peculii caſtrenſis geſchahe. Denn wenn z. E. Jemand die Deportation erlitte, ſo fiel ſein Vermögen ad fiſcum. Bey einem Filiofamilias, ſo dieſe Strafe empfieng, nahm das peculium caſtrenſe der Vater jure peculii an ſich.

§. 1106. Wenn der Unmündige einen Subſtituten hatte, ſo gieng ſolchem der Fiſcus dennoch vor, ſo daß die Verwürkung dem Subſtituten nicht zu ſtatten kam. Das Vermögen fiel an den Fiſcus, weil der erſt ernannte Erbe nicht ausfiel, ſondern der Fiſcus ſtatt ſeiner eintrat. L. 15. pr. de SCto Silan. Si ſequens gradus vltus fuerit necem teſtatoris, an (a) priore hereditas ad illum transferatur? Et ait Papinianus, non eſſe hoc. Nam poena illius, hujus praemium eſſe non debet.

§. 1107. Wem die Erbſchaft, als einem Unwürdigen entzogen wird, nachdem er dieſelbe ſchon angenommen, der kommt dadurch nicht wieder in denſelben Stand, in welchem er vor Annehmung der Erbſchaft war. Die Confuſion der Rechte hörten nicht auf. Seine an die Erbſchaft gehabten Forderungen erwachten nicht wieder. L. 17. de his quae ut indign. Heredem, qui ſciens defuncti vindictam inſuper habuit, fructus omnes reſtituere cogendum exiſtimavi: nec probe deſideraturum actionem confuſam reſtitui. Deceptum autem

tem ignoratione facti bonae fidei poſſeſſionis defenſionem habiturum ante motam ſcilicet controverſiam, ſi ratio fructuum ſubducatur: nec improbe confuſam actionem reddi poſtulaturum. L. 8. de his quae ut indign. Indigno herede pronunciato, ademta hereditate, confuſas actiones reſtitui non oportet. L. 21. §. 1. de SCto Silan. Neptis quae poſſeſſionem aviae petierat, mortem ejus, interfectam ſciens, non defenderat. Fideicommiſſum, quod avia ex alio teſtamento nepti debuit, in reſtituendis fiſco bonis non eſſe deducendum placuit. Dolus enim heredis punitus eſt. Si autem negligentia mulier emolumentum bonorum amiſerit, fideicommiſſum eſſe retinendum, integrato jure debiti rationis eſt. In der letztern Stelle hatte die Enkelin von ihrer Großmutter, deren Erbin ſie geworden, auch ein Fideicommiß zu fordern gehabt, ſo ſie ihr ſchuldig geweſen. Durch Annehmung ihrer Erbſchaft war die Schuld confuſione aufgehoben. Nach Verwürkung der Erbſchaft entſtand die Frage, ob die Confuſion wieder aufgehört habe, und das Fideicommiß wieder aufwache. Die Frage wird verneint. Der Grund liegt darinn, daß er ſchuld an dem Verluſt der Erbſchaft iſt, und dieſe Verſchuldung ihm nicht zum Vortheil gereichen kann. Was er der Erbſchaft vor deren Annehmung ſchuldig war, mußte nach der Entreiſſung derſelben wieder aufleben, weil er ſonſt von ſeiner Verſchuldung Vortheil haben würde.

§. 1108. Der dem Unwürdigen entriſſene Erbantheil fällt gemeiniglich dem Fiſcus zu. Unterweilen bekommt ſolcher aber davon nichts. Dahin der unten vorkommende 8te, 9te und 10te Fall.

§. 1109. In jenem Falle tritt der Fiſcus an des beſtraften Erben Stelle, und übernimmt alle

Laſten, die dieſer tragen muſte. Z. E. er muß die Schulden des Erblaſſers übernehmen, wie der beſtrafte Erbe ſolche getragen haben würde. L. 18. §. 1. de his quae ut indign. Bonis univerſis ex cauſa taciti fideicommiſſi fiſco reſtitutis, heredem onus aeris alieni non ſpectare convenit. Nec aliud ſervatur morte non defenſa. Si quid tamen ob aditam hereditatem actionibus aut ſervitutibus confuſis, amiſerit, auxilio reſtitutionis non merebitur. Was hier nur von ein Paar Fällen der Unwürdigkeit geſagt wird, hat einen allgemeinen Grund, und muß daher auf alle übrige Fälle ausgedehnt werden.

§. 1110. Gleichergeſtalt muß der Fiſcus die Beſchwerden, welche der Erblaſſer auf die Güter, welche dem Unwürdigen entriſſen worden, gelegt hat, an deſſen Stelle übernehmen. L. 5. §. 4. de his quae ut indign. Si ſervum ſuum rogatus ſit manumittere, qui legatum meruit, vel etiam ipſi ſervo utrumque datum ſit: dicendum eſt, non debere obeſſe ſervo factum domini, ſed a fiſco redimendum, ut manumittatur: Si tamen velit ſervum vendere: quia non poteſt cogi, qui judicium ſprevit defuncti. Hat der, dem das Legat vermacht iſt, dagegen ſeinen eignen Knecht in Freyheit ſetzen ſollen, und er verwürkt ſein Legat, ſo daß es an den Fiſcus fällt: ſo muß dieſer dafür ſorgen, daß der Knecht in Freyheit komme. Darzu dient, daß er ihn dem Beſtraften abkaufe und frey mache. Will dieſer aber, der nun kein Legat erhalten, ſolchen nicht verkaufen, ſo kann er nicht dazu gezwungen werden. Ipſi ſervo utrumque datum muß heiſſen: dem Knecht iſt Freyheit und Legat zugleich zugetheilt.

§. 1111. Dies beſtärkt auch L. 16. § 2. eod Cum heredis nomen mutata voluntate paterfamilias in

ciſis tabulis induxiſſet, atque ideo fiſco portionis emolumentum adjudicatum fuiſſet: eam rem legatariis non obeſſe, qui retinuerant voluntatem, Divo Marco placuit, et ideo cum ſuo onere fiſcum ſuccedere. Inciſis tabulis iſt hier blos von dem Bande zu verſtehen; womit die Tafeln zuſammengebunden waren.

§. 1112. Hieher gehört auch L. 2. §. 2. Si quis aliq. teſtar. prohib. Si fidei ejus, qui dolum admiſit, commiſſum eſt, ut hereditatem reſtitueret, ea hereditas caduca cum ſuis oneribus fiet, et commodum legis Falcidiae fiſcus ſentiat, dodrantis autem fideicommiſſarius. Wenn der Erbe, der den Erblaſſer doloſe gehindert, ſein Teſtament zu ändern, qui dolum admiſit mit Fideicommiß beſchwert iſt, ſo tritt der auch in Anſehung dieſes Fideicommiſſes in ſeine Stelle, zieht aber auch die Trebellianica ab.

§. 1113. Hieher gehört ferner L. 9. de SCto Silan. Cum fiſco caduca bona defuncti addicantur propter inultam mortem: in eum legatorum actio datur, et libertates ratae ſunt, eorum ſcilicet, qui ſenatusconſulto excipiuntur. Die von Senatusconſulto ausgenommen ſind die, welche an der unterlaſſenen Unterſuchung über die Entleibung des Erblaſſers keinen Theil haben.

§. 1114. Die Verwirkung des Erbrechts begriff gemeiniglich auch die Legata unter ſich, welche dem Unwürdigen vermacht waren. Davon gab es nur eine oder die andere Ausnahme. Dahin der unten vorkommende 12te und 13te Fall.

§. 1115. Die Verwirkung hatte auch nach des unwürdig gewordenen, und zur Erbſchaft gekommenen

Erben

Erben Tode noch ſtatt. Es iſt alſo hier nicht, wie bey ſonſtigen Forderungen, die aus Verbrechen entſpringen, welche nach dem Tode des Verbrechers erloſchen ſind. L. 22. de SCto Silan. Gajus Sejus, cum langueſceret, queſtus eſt, ſe veneno occidi a ſervo ſuo, et ſic exſpiravit: cui heres exſtitit Lucia Titia ſoror, et mortem ejus exſequi neglexit: et ipſa poſt annum decimum deceſſit. Exſtitit, qui bona nunciaret Gaji Seji. Quaero, an morte Titiae exſtinctum ſit crimen? Paulus reſpondit, cauſam, de qua quaeritur, cum ſit pecuniaria, morte ingratae heredis exſtinctam non videri. Der Schweſter, als einer Verwandtin begangenes Unrecht, war erſt nach 20 Jahren verjährt. Nach 10 Jahren konnte ſolches alſo noch geahndet werden. Die Confiſcation konnte nach dem Tode noch erfolgen, wie beym Crimine repetundarum, falſi, de reſiduis, peculatus ebenfalls gewöhnlich iſt.

§. 1116. Unmündige werden gegen die Strafe der Unwürdigkeit durch ihr Alter geſchützt. Es lehrt ſolches die ſchon oben angeführte Stelle. L. 5. §. 9. de his quae ut indign. und L. 6. C. de his quib. ut indign. Minoribus viginti quinque heredibus non obeſſe crimen inultae mortis placuit. Cum vos autem etiam accuſationem pertuliſſe, et quosdam ex reis punitos proponatis: licet is, qui mandaſſe caedem dicitur, provocaverit, vereri non debetis, ne quam hereditatis paternae quaeſtionem a fiſco meo patiamini. Convenit enim pietati veſtrae reſpondere cauſam appellationis reddenti. Quodſi majoris aetatis fuiſſet is, etiam ex neceſſitate provocationis certamen implere deberetis, ut poſſetis adire hereditatem. Ein Unmündiger war entſchuldigt, wenn er die Anklage ganz unterlaſſen hatte; aber auch dann, wenn er ſie angebracht; und eine Verurtheilung bewürkt, aber die Sache liegen gelaſſen

hatte, nachdem ſich der Verurtheilte einer Apellation bedient. Auf dieſe hatte der Ankläger zu antworten und eine Beſtätigungs-Sentenz zu bewürken. Wenn dieſer es unterließ, und eine volljährige Perſon war, ſo fiel er in die Strafe der Unwürdigkeit. Ein Unmündiger allein war hier entſchuldigt. War der Angeklagte in der erſten Sentenz losgeſprochen, und der Ankläger bediente ſich gegen die Sentenz keiner Appellation, ſo machte ihn dies, wenn er auch volljährig war, der Erbſchaft nicht unwürdig.

§. 1117. Wenn der Erben mehrere ſind, ſo ſchadet jedem nur ſeine eigene That, die ihn unwürdig gemacht, keinen Miterben, und wenn es auch der Bruder wäre, kann ſolche nicht der Erbſchaft berauben. L. 2. §. 1. Si quis aliqu. teſt. proh. Fratris autem factum fratri non nocet. A. Faber meynt, wenn Jemand den Erblaſſer hindere, ein Teſtament zu ändern, ſo werde auch dem im erſten Teſtament ſtehenden unſchuldigen Erben die Erbſchaft vom Fiſco entzogen. L. 2 §. 1. rede nur vor dem Fall, wenn einer noch gar kein Teſtament gemacht habe. Err. pragm. D. 38. E. 7. Er hat aber nichts Gründliches vorgebracht.

§. 1118. Was für eine Klage dem Fiſcus gegen den unwürdigen Erben zuſtehe, wodurch er die Erbſchaft abfordere, unterſuchte A. Faber l. c. E. 9. Er will keine Erbſchaftsklage, auch nicht utiliter geſtatten. Ich ſehe nicht, was wider dieſe Klage einzuwenden wäre.

§. 1119. Der Kaiſer Hadrian hatte eine Verordnung gemacht, daß diejenigen, welchen etwas wider die Geſetze durch Erbſchaft zugetheilt war, und zufiel, ſich ſelbſt anzeigen und dadurch die Hälfte deſſen, ſo ihnen ſonſt vom Fiſcus genommen werden würde, gewinnen

ſoll-

ſollten. Dieſe Verordnung fiel aber bey dem hinweg, was einem Unwürdigen entzogen und dem Fiſco zugetheilt wurde. L. 13. §. 9. de Iur. fiſc. L. 5. §. 20. de his quae ut indign. Omnes, qui ut indigni repellentur, ſummovendi ſunt a praemio, quod ſecundum edictum D. Trajani datur his, qui ſe deferunt.

Zweyter Abſatz.

Einzelne Arten der Unwürdigkeit.

§. 1120. Fall, da das Teſtament ohne Grund als falſch, oder der Inofficioſität wegen angefochten worden. §. 1121. Fiſcaliſche Anzeige des Erblaſſers. §. 1122. Gebrauchte bonorum poſſeſſio contra tabulas. §. 1123. Heyrath eines Provinzial-Bedienten mit einem Frauenzimmer der Provinz. §. 1124. Heyrath des Vormunds mit der Mündelin vor abgelegter Rechnung. §. 1125. In ſolchen Fällen iſt nur der Mann der unwürdige Theil. §. 1126. Vertrag über die Erbſchaft eines Dritten bey deſſen Leben. §. 1127. Veranlaſſung des Todes des Erblaſſers. §. 1128. Von Weigerung der im Teſtamente zugemutheten Vormundſchaft. §. 1129. Feindſchaft zwiſchen dem Erblaſſer und Erben. §. 1130. Böſe Reden gegen den Verſtorbenen. §. 1131. Quaeſtio ſtatus. §. 1132. Grund des Unterſchieds zwiſchen dieſen und den vorigen 2 Fällen. §. 1133. Fortſetzung von der quaeſtione ſtatus. §. 1134. Unwürdigkeit wegen Uebernahme eines geheimen Fideicommiſſes. §. 1135. Dem Erben wird hier die Erbſchaft als einem malae fidei poſſeſſori entzogen. §. 1136. Wenn Erben das geheime Fideicommiß immer in Anſehung eines Theils der Erbſchaft übernommen, ſo ſchadet ſolches dem übrigen Theile des Vermögens nicht. §. 1137. Der geheime Fiduciar verliehrt auch die acceſſoriſchen Vortheile eines Erben. §. 1138. Nicht aber Legata. §. 1139. Der Sohn, welchem der Vater ein geheim Fideicommiß auferlegt, iſt von Strafe frey. §. 1140. Das Daſeyn eines geheimen Fideicommiſſes muß erwieſen werden. §. 1141. Ein geheim

heim Fideicommiß zum Beſten eines tüchtigen Erben, iſt nicht ſtrafbar, wenn ſolcher auch in der Folge untüchtig geworden. §. 1142. Unwürdigkeit des Erben im erſten Teſtamente, wenn im zweyten ein untüchtiger Erbe ernannt worden. §. 1143. Unwürdigkeit wegen der vom Erblaſſer geſchehenen Durchſtreichung. In dieſen beyden Fällen wird den Legatis nicht geſchadet. §. 1144. Ausdehnung auf die wörtliche Widerrufung der Erbeinſetzung. §. 1145. Der Fiſcus geht dem Subſtituten und Miterben vor und zahlt Legata. §. 1146. Unwürdigkeit wegen Verbottenen. §. 1147. Von Erbeinſetzung einer Kqncubine. §. 1148. Unwürdigkeit der Erbin wegen liederlichen Umgangs mit dem Erblaſſer. §. 1149. Unwürdigkeit bey Widerrufung der Erbeinſetzung in einem Kodicill mit gehäßigen Ausdrücken. §. 1150. Wegen unterlaſſener Erfüllung des Willens des Erblaſſers. §. 1151. Ausgenommener Fall. §. 1152. Unwürdigkeit des Inteſtaterben, der des Erblaſſers Teſtament verhindert. §. 1153. Des Teſtamentserben, der ein neueres Teſtament verhindert. §. 1154. Die Strafe iſt beyden gemein. §. 1155. Wenn alle Teſtamentserben Schuld haben, ſo werden alle geſtraft. §. 1156. Sonſt nur der Schuldige. §. 1157. Gute Worte ſind nicht ſtrafbar. §. 1158. Die That des Vaters oder Herrn ſchadet der Einſetzung des Kindes oder Knechts. §. 1159. Der Fideicommiſſarius leidet nicht unter der That des Fiduciar-Erben. §. 1160. Unwürdigkeit des Erben, der Legata und Fideicommiſſa unterſchlagen wollen.

§. 1120.

Die Fälle, worin die Erbſchaft dem Erben, oder das Legat dem Legatarius als einem Unwürdigen entzogen wird, ſind in den Geſetzen beſonders aufgeführt. Dahin 1) wenn Jemand das Teſtament der Inofficioſität oder Unächtheit wegen anfechtet, aber dieſen Prozeß verliehrt. Hiervon iſt aber oben alles vorgekommen, was darüber die Geſetze enthalten. Daher wird hier jetzt dahin verwieſen. Breuning an fil. qui teſtam. patr. falſ. dix. exclud. a port. legat.

2) §. 1121. Wenn der Erbe oder Legatarius gegen den Verſtorbenen ſelbſt denuncirt und anzeigt, daß er böſe Dinge vorgenommen, weshalb nach ſeinem Tode noch fiscaliſche Verfügungen vorgenommen werden könnten. Z. E. wenn die Anzeige von ihm geſchieht, daß der Verſtorbene gegen die Geſetze Waaren ein- oder ausgeführt habe, weshalb noch nach deſſen Tode die Confiscation dieſer Waaren geſchahe. Die Anzeige erhielt die gewöhnliche fiscaliſche Belohnung des vierten Theils. Das Legat oder Erbtheil aber gieng verlohren, ſo dem Anzeiger im Teſtamente verlaſſen war. L. 1. de his quae ut indign. Divi Severus et Antoninus reſcripſerunt, quaſi indignum carere legato ſeu fideicommiſſo libertum, quae ei teſtamento patroni relicta erant, cum patronum ſuum poſt mortem ejus quaſi illicitae mercis negotiatorem detulerat, quamvis et praemium meruit.

3) §. 1122. Wenn ein emancipirter Sohn, der im Teſtamente übergangen war, bonorum poſſeſſionem contra tabulas gebrauchte. Er erhielt dadurch die Succeſſion, als wenn die unmittelbare Erbeinſetzung ihn mit eingeſchloſſen hätte. Aber alles deſſen, was ſonſt ihm zu gute in ſolchem Teſtament verordnet war, gieng er verluſtig. Der Erbantheil war es alſo hier eigentlich nicht, der verlohren gieng. L. 2. pr. de his quae ut indign. Aufertur hereditas ex aſſe et ad fiſcum pertinet, ſi emancipatus filius contra tabulas bonorum poſſeſſionem patris ut praeteritus petierit, et ex ſubſtitutione impuberis adierit hereditatem. Ex aſſe iſt zu verſtehen von der Erbſchaft des Pupillen, ſo dieſer bey ſeinem Abſterben verläßt.

4) §. 1133. Wenn ein Praeſes provinciae, proconſul, procurator caeſaris und andere Bedienten in den Provinzen, während ihrer Amtsführung Frauenzimmer

aus der Provinz heyratheten. Dies war, wegen des zu beſorgenden Zwanges, verboten. Wer ſich mit einer ſolchen Perſon verlobt hatte, mußte nach niedergelegter Bedienung die Beſtättigung erſt noch einmal erhalten, und dann erſt die Ehe anfangen. Den Contravenienten der Geſetze wurde dasjenige, als Unwürdigen entzogen, was die Frau ihnen beym Abſterben verlaſſen hatte.

5) §. 1124. Wenn der Vormund ſeine Mündelin nach geendigter Vormundſchaft, aber bey noch unabgelegter und noch nicht juſtificirter Rechnung heyrathete. Hier verlohr ebenfalls der Mann das, was ihm ſeine Frau beym Abſterben verlaſſen, als ein Unwürdiger. Dieſe beyden Fälle lehrt L. 2. §. 1. de his quae ut indign. Item ſi quis contra mandata duxerit uxorem in provincia, in qua officium aliquod gerit: quod ei ex teſtamento uxoris acquiſitum eſt, Divi Severus et Antoninus reſcripſerunt, retinere eum non poſſe: tanquam ſi tutor pupillam contra decretum ampliſſimi ordinis in domum ſuam duxiſſet. Utroque ergo caſu, et ſi ex aſſe heres inſtitutus adierit hereditatem, fiſco locus ſit. Nam quaſi indigno ei aufertur hereditas. Weil aber hier der Ehemann nur der ſtrafbare Theil iſt, die Frau hingegen mehr aus Unwiſſenheit und Jugend geſündigt, und das Verbot der Ehe hier blos zu der Weiber Vortheil iſt, ſie alſo keinen Haß wider ſich haben, wenn ſie dergleichen Ehen eingehen, ſo iſt die Verordnung hier nicht auf umgekehrt anzuwenden.

§. 1125. Die Frau kann alſo das, was ihr der Mann verlaſſen, erhalten. L. 2. §. 2. de his quae ut indign. Per contrarium autem ducta tam ab eo, qui officium in provincia gerebat, quam a tutore illicite magis eſt, ut dicatur capere (illam) ex teſtamento; nec quaſi indig-

dignum eſſe repellendum. Man ſehe hievon Conſtantin. Subtil. Enod. Otto Theſ. Tom. 4. pag. 568. ſeq.

§. 1126. 6) Wenn ein Erbe, ſchon bey Leben des Erblaſſers, über deſſen Vermögen, ohne ſein Wiſſen und Willen, mit andern contrahirt, ſo daß er andern ſchon zum voraus davon giebt, ſchenkt und überläſſet. L. 2. §. 3. de his quae ut indign. Idem erit, ſi quis vivi ignorantis bona vel partem bonorum alicujus cognati donaverit. Nam quaſi indigno aufertur. Mit Vorwiſſen des Erblaſſers zu handeln, war erlaubt. In unſern Zeiten wird dieſe Verordnung, wegen Zuläßigkeit der Erbverträge überhaupt, wegfallen.

§. 1127. 7) Wenn der Erbe durch Verſehen, Verſchuldung und Nachläßigkeit, des Erblaſſers Tod veranlaſſet. Koch de bon. heredit. heredi occiſori tamquam indigno erip. L. 3. de his quae ut indign. Indignum eſſe D. Pius illum decrevit (ut et Marcellus lib. XII. digeſtorum refert) qui manifeſtiſſime comprobatus eſt id egiſſe, ut per negligentiam et culpam ſuam mulier, a qua heres inſtitutus erat, moreretur. Wenn mit Vorſatz der Tod verurſacht worden; ſo gilt dieſe Strafe noch viel mehr.

§. 1128. 8) Wenn der Vater Jemanden zum Vormunde ſeiner Kinder verordnet, und ihm zugleich dagegen etwas verlaſſen hat. Wofern in ſolchem Falle der Mann ſich der Vormundſchaft weigert, ſo erhält er auch den Vortheil des letzten Willens nicht, den ihm der Vater zugedacht, und er wird deſſen unwürdig geachtet. L. 5. §. 2. de his quae ut indign. Amittere id quod teſtamento meruit et eum placuit, qui tutor datus excuſavit ſe a tutela. Sed ſi conſecutus fuerit, non ad-

mittitur ad excuſationem. Diverſum puto in eo, qui legatum tantum meruit, et a matre pupilli tutor petitus, excuſare ſe maluit. Hic enim nihil contra judicium defuncti fecit. Sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non ad fiſcum transfertur, ſed filio relinquitur, cujus utilitates deſertae ſunt. Wem ein Legat vermacht iſt: nachdem er zugleich vom Erblaſſer zum Vormunde ſeiner Kinder erſehen worden, darf ſich der ihm ſonſt zukommenden Entſchuldigung gegen der Vormundſchaft nicht bedienen, wenn er das Legat haben will. Nimmt er alſo das Legat an, ſo hat er ſich ſchon zur Tutel erklärt. Will er es nicht, ſo kann er ſich ſeiner Entſchuldigungs-Urſachen gebrauchen. Bedient er ſich dieſer, ſo fällt das Legat weg, wenn er es gleich gern hätte. Es iſt merkwürdig, daß hier der Fiſcus nichts erhält. Der Grund liegt in der Begünſtigung des Unmündigen, welchem das Legat zufallen ſoll.

§. 1129. Wenn zwiſchen dem Erblaſſer und dem, welchem etwas von ihm verlaſſen worden, eine ſolche Feindſchaft entſtanden, daß ein Theil den andern auf Leib und Leben angeklagt hat. In ſolchem Falle wird das, was dem Erben oder Legatario zugedacht war, als wiederrufen angeſehen. Der Fiſcus erhält es alſo nicht, ſondern es bleibt dem, welchem es nach ſonſtigen Grundſätzen zufallen muß. L. 9. pr. de his quae ut indign. Si inimicitiae capitales intervenerunt inter legatarium et teſtatorem, et veriſimile eſſe coeperit, teſtatorem noluiſſe legatum ſive fideicommiſſum praeſtari ei, cui adſcriptum relictum eſt, magis eſt, ut legatum ab eo peti non poſſit. Cheſi Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 723. ſchränkt dieſe Indignität blos auf Legatarien ein, und will ſie bey Erbeinſetzungen nicht gelten laſſen, wegen L. 22. de adim. leg. Weil aber ordentlicher Weiſe die

In-

Indignitäten den Legatis und Erbeinſetzungen gemein ſind, dem auch L. 4. §. 10. ff. de dol. mal. except. beytritt, und L. 22. de adim. leg. mehr von einem Falle redet, wo der Erblaſſer das Teſtament aufheben wollen, als von einem ſolchen, wo es ſchon nach rechtlicher Vermuthung, als aufgehoben, angeſehen wird; ſo kann ich dieſer Meynung nicht beytreten.

§. 1130. 10) Wenn der Erbe ſich ungeſcheut ſchlechter Reden, Verwünſchungen und Beſchimpfungen des Verſtorbenen bedient hat. L. 9. §. 1. de his quae ut indign. Sed et ſi palam et aperte teſtatori maledixerit et infauſtas voces adverſus eum jactaverit, idem erit dicendum. Auch hier iſt nur eine vermuthete Widerrufung, und alſo erhält der Fiscus nichts. Die Baſilicae haben es verſehen, daß ſie dieſe letztern 2 Fälle unter die fiscaliſchen Erwerbungen gezählt.

§. 1131. 11) Wenn der Erbe wider den Zuſtand der Freyheit, der Familie oder des Bürgerrechts ſeines Erblaſſers Einwendungen gemacht und Anzeigen gethan. Z. E. wenn er denſelben als ſeinen Knecht in Anſpruch genommen. L. 9. §. 2. de his quae ut indign. Si autem ſtatus ejus controverſiam movit, denegatur ejus, quod teſtamento accepit, perſecutio. Ex qua ſpecie ſtatim fiſco defertur. Die Worte: autem und ex qua ſpecie beſtärken, daß in den andern 2 Fällen dieſes Geſetzes der Fiscus keinen Theil habe.

§. 1132. Den Grund, warum in den andern 2 Fällen der Fiscus die Verlaſſenſchaft nicht wegnimmt, wohl aber in dieſem, ſetzt Cheſi darinn, daß der, welchen man als Knecht in Anſpruch nahm, nicht daran denken könne, ſein Teſtament zu ändern, da er über ſeinen Stand zweifelhaft gemacht wird. Daher es in ſei-

ne

ne Seele der Fiscus thue. In den andern 2 Fällen ſey eine vermuthete Wiederrufung vorhanden. Rücker Interpret. L. 1. C. 1. verwirft dieſen Grund, ſowohl, als den, welchen Cujacius angegeben, daß der, welcher quaeſtionem ſtatus erregt, mehr Haß verdiene. Er meynt, die quaeſtio ſtatus in § 2. müſſe von dem Falle verſtanden werden, da der Erblaſſer ſchon geſtorben, und nach ſeinem Tode die Quaeſtio erſt erregt worden. Die infauſtae voces müſten ſo gefallen ſeyn, daß der Erblaſſer davon Wiſſenſchaft erlangt. Sie gehörten alſo unter den Fall der Feindſchaft des Verſtorbenen gegen den Erben oder Legatarius, und deſſen vermutheter Aufhebung der Verordnung. Dieſer Fall ſey §. 2. nicht vorhanden, da die Quaeſtio erſt nach dem Tode binnen den beſtimmten 5 Jahren entſtanden. Es iſt aber nicht zu erſehen, daß hier von der quaeſtione ſtatus, die erſt nach dem Tode entſteht, die Rede ſey, und daß die infauſtas voces der Erblaſſer noch erfahren haben müſſe.

§. 1133. Hieher gehört auch der Fall, wenn man den Erblaſſer für einen Untergeſchobenen ausgiebt. L. 16. pr. de his quae ut indign. Cum tabulis ſecundis pater impuberi filio fratris filios, coheredibus datis, ſubſtituiſſet; ac ſubſtituti fratris filii poſt mortem pueri, matrem ejus partus ſubjecti ream poſtulaſſent, ut hereditatem patrui legitimam obtinerent: victis auferendam eſſe partem hereditatis, ex cauſa ſubſtitutionis, reſpondi: quia ex teſtamento ſententiam ſecundum ſe dictam non haberent. Die Neffen des Vaters hatten durch die Pupillar-Subſtitution nichts weiter zu erben, als was dem Pupillen der Vater verlaſſen hatte. Sie hatten überdem Miterben in der Pupillar-Subſtitution erhalten. Konnten ſie alſo das väterliche Teſtament wegen der angeblichen Unterſchiebung des Kindes umwer-

werfen, ſo bekamen ſie die Erbſchaft des Vaters allein, und die Miterben fielen weg. Dies verleitete ſie, die Beſchuldigung der Unterſchiebung rege zu machen. Sie waren aber darin unglücklich. Und nun verlohren ſie auch den durch die Subſtitution ſonſt auf ſie fallenden Theil. A. Faber lieſt: quia ex teſtamento ſententia ſecundum ſe dicta non haberent, und erklärt die Worte ſo: die Kläger würden auch dann nach dem Teſtamente nicht geerbt haben, wenn für ſie geſprochen worden wäre. Wäre dieſes geſchehen, ſo hätten ſie ab inteſtato, aber nicht ex teſtamento geerbt. Daher ſollen ſie auch bey Verluſt des Proceſſes nicht nach dem Teſtamente erben. Der Grund iſt nicht ſehr concludent; daher A. Faber dagegen Erinnerungen macht. Conject. L. 6. c. 19.

§. 1134. 12) Wenn der Erblaſſer gern einem der Erbſchaft Unfähigen dieſelbe zuwenden wollen, daher er ſie einem tüchtigen Erben vermacht, der ihm aber insgeheim die Verſprechung geben müſſen, ſolche an den abzuliefern, der geradezu nicht Erbe werden konnte. In ſolchem Falle nimmt der Fiscus dasjenige hinweg, was dem unfähigen und unzuläßigen Erben zugedacht war. Dies führte das SCtum Plancianum ein. Nach ſolchem bekam der Fiduciar auch die Trebellianica von dem heimlichen Fideicommiß nicht. Sie gieng andern, die etwas aus dem Teſtamente zu empfangen hatten, zu gute. Ant. Pius zog ſie aber ebenfalls zum Fisco. L. 10. pr. de his quae ut indign. In fraudem juris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud, tacite promittit reſtituturum ſe perſonae, quae legibus ex teſtamento capere prohibetur: ſive chirographum eo nomine dederit, ſive nuda pollicitatione repromiſerit.

§. 1135. Dies geſchieht dergeſtalt, daß der Erbe, welcher die Ablieferung der Güter an einen andern unzuläßi-

läßigen Erben übernommen, von Zeit der Annehmung derſelben, als ein malae fidei poſſeſſor angeſehen, und darnach in Rückgabe auch der Früchte und Zinſen beurtheilt wird. L. 18. pr. de his quae ut indign. Eum, qui tacitum fideicommiſſum in fraudem legis ſuſcepit, eos quoque fructus, quos ante litem motam percepit, reſtituere cogendum, reſpondi: quod bonae fidei poſſeſſor fuiſſe non videtur, exemplo bonorum fiſco vindicatorum. Poſt motam de tacito fideicommiſſo controverſiam, ante pretia fructuum percepta cum uſuris eſſe reſtituenda reſpondi: ſed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant. Quodſi fructus in uſu habuit, eorum pretia tantum reſtitui ſatis erit. Sed D. Severus bonorum tacite relictorum, citra diſtinctionem temporis, fructus duntaxat deberi non etiam uſuras eorum, benigne decrevit. Quo jure utimur. Exemplo bonorum fiſco vindicatorum heißt: eben ſo gut, als die dem Fiscus verfallenen Güter ſelbſt, nemlich müſſen die Früchte davon dem Fiscus abgeliefert werden. Ante pretia fructuum percepta, iſt ſo viel, als: pretia fructuum ante, nemlich litem motam, percepta. Von den Früchten, die vor der litis conteſtation verkauft worden, quorum pretia percepta fuerunt, ſoll das gelöſte Geld bezahlt werden, und noch dazu die Zinſen davon, dieſe letztern aber nur ſeit der litis conteſtation, weil da die Interpellation erſt eigentlich angeht. Von den Früchten, welche vor der Litis Conteſtation nicht verkauft, ſondern verzehrt ſind, quos poſſeſſor in uſu habuit, ſoll nur der Werth ohne Zinſen bezahlt werden, weil es eigentlich keine uſuras fructuum giebt. Was die nach der Litis Conteſtation gezogenen Früchte betraf, ſo wurden blos dieſe ſelbſt, nicht aber deren Zinſen, gerechnet, weil dieſe Früchte nicht unter die Klage, ſondern blos unter das officium judicis gehörten, alſo eine acceſſio waren, mithin die Zinſen da-

davon, als acceſſio acceſſionis, nicht paßiren könnten. Papinian war der von den vor der Litis Conteſtation gelöſten Geldern geäuſſerten Meynung, ehe der Kayſer Septimius Severus ein anders verordnete. Dieſer Kayſer wollte, daß in dieſem Falle eines heimlichen Fideicommiſſes nach der Litis Conteſtation auch von den vor der Litis Conteſtation aus den Früchten gezogenen Kaufgeldern keine Zinſen gegeben werden ſollten. In andern Fällen iſt daher ein m. f. poſſeſſor nach des Papinians Grundſätzen zu beurtheilen.

§. 1136. Wenn der Erbe nur einen Theil der Erbſchaft an den unzuläßigen Erben wieder abzugeben, ſich insgeheim anheiſchig gemacht; ſo verliehrt er blos dieſen Theil. L. 11. de his quae ut indign. Heres, qui tacitam fidem contra leges accommodavit, in ea parte qua fraudem adhibuit, Falcidia non utitur. Et ita Senatus cenſuit. Sed et ſi major modus inſtitutionis, quam fraudis fuerit, quod ad Falcidiam attinet, de ſuperfluo quarta retinebitur. Der Fiduciar, welcher einen Theil heimlich herauszugeben gelobet hat, verliehret den Theil und deſſen Falcidia oder Trebellianica, ſo beydes an den Fiſcus fällt. Wenn ſonſt noch andere Fideicommiſſa vorhanden, welche nicht in fraudem legis errichtet ſind, Si major modus inſtitutionis, quam fraudis fuerit, ſo wird dieſen die Trebellianica auf ihre Rata abgezogen, de ſuperfluo quarta retinebitur. Superfluum iſt ſo viel, als: hoc reliquum, quod non eſt in fraudem legis, ſed ſincere, fideicommiſſum.

§. 1137. Was dem Erben, als Erben, zufällt, und er einem unzuläßigen Erben zu geben gelobet hat, nimmt der Fiſcus weg, wenn es auch nicht unmittelbar vom Erblaſſer dem Erben verlaſſen iſt, ſondern z. E. als Trebellianica den rechtmäßigen Fideicommiſſarien

rien abgezogen worden. L. 23. de his quae ut indign. Si quilibet heres ex cujuscunque teſtamento tacite rogatus fuerit, ut quadrantem, quem legis Falcidiae beneficio retinuit, non capienti reſtituat: aeque locus erit Senatusconſulto. Neque enim multum intererit inter tale fideicommiſſum, et, cum quis id, quod ad ſe ex hereditate pervenerit, reſtituere rogatus ſit. Non capiens iſt ſo viel, als: incapax.

§. 1138. **Blos, was er als Erbe bekommt, und an einen Unfähigen herauszugeben gelobet hat, verliehrt der Erbe.** Alſo ein Legat, ſo ihm daneben noch gegeben iſt, und ſo er keinem Untüchtigen herausgeben ſoll, behält er L. 18. §. 2. de his quae ut indign. Pro parte heres inſtitutus, praedii legatum acceperat, et in hereditate non capienti reſtituendi tacitum miniſterium ſuſceperat. Quamquam legatum pro ipſius parte non conſtitiſſet, ideoque portionem iſtam pro herede poſſideret: tamen ei praedium integrum eſſe relinquendum reſpondi. Neque enim rationem juris ac poſſeſſionis varietatem inducere diviſionem voluntatis. Der Erblaſſer hatte 2 Erben verlaſſen. Dem einen war ein geheimes Fideicommiß auferlegt, zugleich war ihm ein Legat vermacht. Dies Legat erhielt er zum Theil von ſich und alſo jure hereditario, zum Theil vom Miterben und alſo jure legati. Wegen des letzten Theils war kein Zweifel. Weil der Erbe nur ſeine Erbportion dem unzuläſſigen Erben abliefern ſollte; ſo gehörte dieſer Theil unter das Fideicommiß nicht, und alſo war er nicht mit verwürkt. Der andere Theil aber war mit der Erbportion zuſammen gefloſſen. Er hätte alſo nach der Strenge unter die Strafe gehört. Weil aber vermittelſt der Entreiſſung der Erbſchaft durch den Fiscus, der Miterbe aufhörte Erbe zu ſeyn, und ſtatt ſeiner der Fiscus eintrat; ſo war auch kein Zuſammenfluß des einen Theils

des Legats mit der Erbportion weiter anzunehmen, und das Legat war ganz dem beſtraften Miterben zu laſſen. Der Wille des Erblaſſers war außerdem für den Miterben. Alſo kam es auf Subtilitäten nicht an. Neque enim rationem juris etc.

§. 1139. Weil der Sohn, wenn ihm der Vater, unter deſſen Gewalt er ſteht ein geheimes Fideicommiß befiehlt, dabey nicht die Freyheit eines andern Erben hat, ſondern dem Vater Gehorſam ſchuldig iſt; ſo ſoll er unter der Strafe des SCti nicht begriffen ſeyn, wenn er gleich dergleichen Fideicommiß übernommen. L. 10. §. 2. de his quae ut indign. Recte dictum (eſt) ſi pater filii, quem in poteſtate habebat, tacitam fidem interpoſuerit, non debere id filio nocere: quia parendi neceſſitatem habuerit.

§. 1140. Es muß übrigens bewieſen werden, daß ein geheimes Verſtändnis wegen des Fideicommiſſes vorhanden ſey, wenn der Fiscus die Erbſchaft hinnehmen will. Bloße Vermuthungen ſind dazu nicht hinlänglich. Daher war nicht ohne anderweiten Beweis anzunehmen, daß der Schwiegervater, welcher den Schwiegerſohn zum Erben ernannt, mit ſolchem insgeheim ein Fideicommiß errichtet habe. L. 25. pr. de his quae vt indign. Si gener ſocerum heredem reliquerit, taciti fideicommiſſi ſuſpicionem (ſola ratio paternae affectionis non admittit.) Das Geſetz bezieht ſich auf die alten Grundſätze, nach welchen ein Mann ſeine Frau nicht zum Erben ernennen konnte. Man pflegte damals, um die Geſetze zu umgehen, den Schwiegervater zum Erben zu machen, und mit ihm ein geheimes Fideicommiß zum Beſten der Frau, ſeiner Tochter, zu verabreden. War dies geſchehen, ſo konnte ſich der Fiscus melden. Aber

die bloße Erbernennung des Schwiegervaters war noch kein Beweis eines ſolchen geheimen Verſtändniſſes.

§. 1141. Wer einen tüchtigen Mann ausſuchte, dem das Fideicommiß auszuliefern, wenn es auch insgeheim geſchahe, handelte nicht wider die Geſetze, und der Erbe fiel in ſolchem Falle nicht in die obige Strafe. Geſetzt auch, daß der Fideicommiſſar in der Folge ein untüchtiger Erbe wurde; ſo konnte man den Fall doch nicht unter die Strafe ziehen, weil keine widerrechtliche Verabredung vorhanden war. L. 10. §. 1. de his quae vt indign. Si quis ei, qui capere poſſit, rogatus fuerit reſtituere; et is mortis tempore probibetur legibus capere: non dubito, quin etſi deficit fideicommiſſum, apud eum tamen, qui rogatus eſt reſtituere manere debet: quia nulla fraus ejus interveniſſe videtur: niſi ſi in futurum caſum fidem accommodavit, id eſt, vt licet capere legibus prohiberi coeperit, reſtituat. Im Fall: niſi ſi in futurum etc. iſt eventuell eine widerrechtliche Verabredung; alſo auf den Fall Grund zur Strafe vorhanden.

§. 1142. 13) Wenn der Erblaſſer im erſten Teſtamente einen tüchtigen Erben gültig ernannt hat, in dem zweyten aber einen unfähigen Erben eingeſetzt, ſo daß das zweyte Teſtament um deswillen nicht beſtehen kann. In dieſem Falle gilt zwar die erſte Erbeinſetzung nach der Strenge der Rechte. Wofern aber von dem Erblaſſer einige Merkmale ſich ergeben, daß er gegen den erſt ernannten Erben einen Haß gehabt, und ſolchen ſeiner Erbſchaft für unwürdig gehalten; ſo nimmt ihm der Fiscus die Erbſchaft hinweg. Wo alſo keine Merkmale eines gegen den Erben des erſten Teſtaments gefaßten Haſſes ſich finden, hat der Fiscus keinen Antheil. Cheſi Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 721.

§. 1143. 14) Wenn der Erblaſſer eines Erben Namen, nachdem er das Teſtament längſt gültig gemacht hat, durchſtreicht. In ſolchem Falle wird wieder erfordert, daß aus den Umſtänden ein Haß gegen den Ausgeſtrichenen ſich ergebe. Sonſt hat der Fiscus keinen Antheil. Und ſo ſind andere Geſetze zu vereinigen, welche den Fiscus bey dergleichen Fällen ausſchließen, und die oben vorgekommen. Wird das ganze Teſtament durchſtrichen; ſo fällt es ebenfalls blos hinweg, ohne daß der Fiscus eintrete, es ſey denn, daß ein beſonderer Haß gegen alle Ausgeſtrichene erweißlich ſey. Bey Legatis iſt dem Fiscus nichts einzuräumen, wenn dieſe der Erblaſſer nicht mit durchſtrichen haben ſollte. Legata ſollen in dieſem Falle, da blos der Name des Erben durchſtrichen iſt, bey Kräften bleiben. Auch die Praelegata ganz, wie bey dem zwölften Falle. Es iſt im dreyzehnten Falle eben das anzunehmen, wie der Zuſammenhang des Geſetzes ergiebt. Das Geſetz, welches beyde Fälle betrift, iſt L. 12. de his, quae vt indign. Cum quidam ſcripſiſſet heredes, quos inſtituere non potuerat: quamvis inſtitutio non valeret, neque ſuperius teſtamentum ruptum eſſet, heredibus tamen vt indignis, qui non habuerunt ſupremam voluntatem, abſtulit jam pridem ſenatus hereditatem. Quod D. Marcus in ejus perſona judicavit, cujus nomen, peracto teſtamento teſtator induxerat. Cauſam enim ad praefectos aerarii miſit. Verum ab eo legata relicta ſalua manſerunt. De praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaeſtio. Et legatum ei non denegabitur, niſi hoc evidenter teſtatorem voluiſſe appareat.

§. 1144. Eben dies iſt bey wörtlicher Wiederrufung der Erbeinſetzung zu ſagen, wenn ſolche gültig und auf gehörige Art geſchehen iſt. Denn iſt ſolche aus Haß gegen den Erben geſchehen, ſo tritt der Fiscus ein, ſonſt

der Inteſtaterbe. Iſt ſie nicht auf gehörige Art geſchehen und nicht gültig, ſo bleibt das Teſtament bey Kräften.

§. 1145. Wenn durch Durchſtreichen oder ſonſtige Thätlichkeit einem der Erben oder allen ihr Recht genommen war, ſo gieng der Fiscus, welcher nun das Entnommene, als einem Unwürdigen entzogen, anſahe, allen andern bey der Wegreiſſung der Erbſchaft vor, dem Subſtitut, Miterben und Erben ab inteſtato. Der Fiscus zahlte nun auch ſtatt des gelöſchten Erben die Legata aus. L. 3. de his quae in teſtam. del. Proxime in cognitione principis, cum quidam heredum nomina induxiſſet, et bona ejus, vt caduca, a fiſco vindicarentur, diu de legatis dubitatum eſt, et maxime de his (legatis), quae adſcripta erant his, quorum inſtitutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos exiſtimabant, quod ſane ſequendum ajebam, ſi omnem ſcripturam teſtamenti cancellaſſet: nonnullos opinari, id jure ipſo perimi, quod inductum ſit, caetera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi poteſt, eum, qui heredum nomina induxerat, ſatis ſe conſecuturum putaſſe, vt inteſtati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem ſequi non minus juſtius eſt, quam tutius. Sententia Imperatoris Antonini Auguſti, Pudente et Pollione Conſulibus: Cum Valerius Nepos, mutata voluntate (et) inciderit teſtamentum ſuum, et heredum nomina induxerit: hereditas ejus, ſecundum Divi patris mei conſtitutionem, ad eos, qui ſcripti fuerint, pertinere non videtur. Et Advocatis fiſci dixit: Vos habetis judices veſtros. Vivius Zeno dixit: Rogo, domine Imperator, de legatis quid ſtatues? Antoninus Caeſar dixit: Videtur tibi voluiſſe teſtamentum valere, qui nomina heredum induxit? Cornelius Priſcianus, Advo-

Advocatus Leonis, dixit: Nomina heredum tantum induxit. Calpurnius Longinus, Advocatus fiſci, dixit: Non poteſt vllum teſtamentum valere, quod heredem non habet. Priſcianus dixit: Manumiſit quosdam et legata dedit. Antoninus Caeſar, remotis omnibus, cum deliberaſſet, et admitti rurſus eosdem juſſiſſet, dixit: Cauſa praeſens admittere videtur humaniorem interpretationem, vt ea duntaxat exiſtimemus Nepotem irrita eſſe voluiſſe, quae induxit. Nomen ſervi, quem liberum eſſe juſſerat, induxit. Antoninus reſcripſit, liberum eum nihilominus fore: quod videlicet favore conſtituit libertatis. Marcellus, von welchem die Stelle iſt, lebte unter dem Kayſer Marcus Antoninus Philoſophus, unter welchem die hier vorgetragene Frage zur Sprache kam. Er ſcheint nach den Worten: quod ſane ſequendum — cancellaſſet, der Meynung geweſen zu ſeyn, daß, wenn die ganze Erbeinſetzung durchſtrichen worden, auch die Legata wegfielen, da er ſeiner Meynung entgegen ſetzt: nonnullos opinari etc. Er läßt ſich jedoch die billigere Meynung gefallen, daß die Legata gültig bleiben: Sed in re dubia etc. Es kann aber ſeyn, daß in einem gewiſſen Falle deutlich zu erweiſen ſteht, wie der Erblaſſer, der das Teſtament durchſtrichen, auch in Anſehung der Legaten ganz ab inteſtato ſterben wollen. In ſolchem Falle iſt eine Ausnahme von der Regel. L. 1. §. pen. ff. Si tab. teſt. null. exſt. L. vlt. de his quae in teſtam. del. Wenn auch nicht ſowohl der Fiscus eintritt, als vielmehr cauſa inteſtati durch das Kaßiren des Teſtaments entſteht, ſo fallen die Legata, bey Kaßirung der Erbeinſetzung, von ſelbſt hinweg. Die Entſcheidung des Antonin iſt von Antoninus Philoſophus, in deſſen ſechſten Jahre der gemeinſchaftlichen Regierung mit Lucius Verus a. Chr. 166. die beyden hier vorkommenden Perſonen Conſules waren. Caduca gehörten nach dem L. Iul. et Pap. dem

Fiscus oder dem aerarium. Darauf mag ſchon Antoninus Pius, der Adoptator des Philoſophen, gewieſen haben. Antoninus Philoſophus weiſt die Advocatos fiſci in ſolchem Falle an die quaeſtores aerarii, welche in der Stadt Rom die Richter bey fiſcaliſchen Angelegenheiten waren. Vos habetis judices veſtros. Es war aber noch wegen der Legaten die Frage, ob dieſe vom Fiscus ausgezahlt werden ſollten, weshalb Vivius Zeno Beſcheid verlangte. Hierüber ſtritt Priſcian, der Sachwalter des Leo, der vermuthlich ein Legat forderte, mit dem Advocato fiſci, Calpurnio Longino. Der Kayſer war unentſchloſſen, was zu ſagen ſey? Priſcian gründete ſich darin, daß die Legata nicht ausgeſtrichen waren, und daß Legata libertatis ſich darunter befanden. Endlich, nach gehaltenem Rathe, entſchied der Kayſer für die Legata. Nomen ſervi etc. iſt ein beſonderer Zuſatz, welcher lehrt, daß ein Legatum libertatis durch bloße Durchſtreichung nicht aufgehoben werden könne. Es konnte überhaupt damals ein Legatum libertatis an ſich und allein nicht aufgehoben werden. Alſo war es natürlich, daß es auch durch Auslaſſung nicht geſchehen können. Weil aber neuerlich das Legatum libertatis allein wieder aufzuheben, nachgelaſſen worden L. Si peculium §. 1. de manum teſtam. L. Si ſervus de fid. lib.; ſo iſt nun von der Durchſtreichung dieſes Legats ein Gleiches zu ſagen. A. Faber Conject. L. 18. c. 17. verſteht die Durchſtreichung des Legati libertatis von einem Falle, da der Knecht zum Erben ernannt, und ihm zugleich die Freyheit vermacht war, die Durchſtreichung aber blos die Erbeinſetzung betroffen. Hier war die Frage, ob dadurch auch die Freyheit genommen ſey? Der Text aber giebt dieſen Fall anzunehmen keine Anleitung. cf. Weſtenberg Div. Marc. Diſſ. 40. Einige leſen unrichtig: Num et illud interdum credi poteſt, für: Non (nonne) et illud etc.

§. 1146.

§. 1146. 15) Wenn Eheleute in einer verbottenen Ehe leben. In ſolchem Falle nimmt das, was der eine Ehegatte dem andern verläſſet, der Fiſcus an ſich. L. 13. de his quae vt indign. Claudius Seleucus Papiniano ſuo ſalutem. Maevius in adulterio Semproniae damnatus, eamdem Semproniam non damnatam duxit vxorem, qui moriens heredem eam reliquit. Quaero an juſtum matrimonium fuerit, et an mulier ad hereditatem admittatur? Reſpondi, neque tale matrimonium ſtare, neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere, ſed, quod relictum eſt, ad fiſcum pervenire. Sed etſi talis mulier virum heredem inſtituerit, et ab eo quaſi ab indigno hereditatem auferri dicimus. Beſt. rat. emend. Cap. 16. §. 1. lieſt: quin moriens. Daß blos der eine Theil ſchon verurtheilt war, brachte der Fall von ohngefähr mit ſich. Wären beyde Theile verurtheilt geweſen, ſo war die Ungültigkeit noch ausgemachter. Daß hier auch von einem gewiſſen Falle der Ungültigkeit auf alle andere Fälle zu ſchließen ſey, lehrt der Grund des Geſetzes.

§. 1147. Weil es beſſer war, mit einer Weibsperſon, ohne Geſtalt der Ehe leben, als mit ihr in eine verbottene Ehe ſich einlaſſen; ſo war die Erbeinſetzung einer Koncubine und Beyſchläferin insgemein keine Sache, woran der Fiscus Antheil hatte. L. 16. §. 1. de his quae vt indign. Quoniam ſtuprum in ea contrahi non placuit, quae ſe non patroni concubinam eſſe patitur: ejus, qui concubinam habuit, quod teſtamento relictum eſt: actio non denenegabitur. Idque in teſtamento Cocceji Caſſiani, clariſſimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat. Optimi Maximique Principes noſtri judicaverunt: cujus filiam, quam alumnam teſtamento Caſſianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quaeſitam apparuit. Wenn einer

 mit

mit einer Freygelaſſenen zwar nicht in der Ehe, jedoch auf den Fuß eines Koncubinats lebt, ſo iſt dies ein wahrer Koncubinat, kein ſtuprum, obgleich der, ſo mit ihr lebt, ihr Patron nicht iſt. Stuprum in ea non contrahitur, quae ſe non patroni concubinam eſſe patitur. Eine ſolche Perſon, mit welcher man im Koncubinate lebt, kann man im Teſtamente bedenken. Coccejus Caſſianus hatte, wie Cujacius erklärt, die Rufina zur Frau gehabt. Nach ihrem Tode hatte er mit ihrer Tochter, ſeiner Stieftochter, im Koncubinat gelebt. In der Ehe konnte er mit der Stieftochter nicht leben. Um ſo weniger gieng dies an, weil ſie vorher öffentliche Hurerey getrieben, quaeſtum corpore feciſſe apparuit. So muß man nach Cujacio hier leſen, ſtatt, daß quaeſitum apparuit im Text ſteht. Er hatte ſie neben ſeiner Enkelin auch zur Erbin ernannt, und ſeine Alumna genannt. Es war wider ihre Erbeinſetzung nichts einzuwenden. Aus dieſer Stelle iſt auf alle Fälle erſichtlich, daß das, was einer Perſon, mit welcher man in ſtupro und liederlichen Wirthſchaft lebte, der nicht die Anſtändigkeit des bey den Römern erlaubten Koncubinats hatte, verlaſſen wurde, der Fiscus an ſich riß. Mithin iſt L. 14. h. nicht blos von Soldaten zu verſtehen Der Fall vom Caſſianus iſt, wie geſagt, nach der Erklärung des Cujacius angegeben. A. Faber Conject. L. 3. c. 14. nimmt hingegen an, Caſſianus habe mit Rufina ſelbſt im Koncubinat gelebt. Pleno honore diligere laſſe ſich auch vom Koncubinat ſagen. Von einem Koncubinat mit der Rufinae Tochter zeigen ſich keine Spuren. Die Worte: cujus filiam müſſen nach appellaverat geſetzt, und ſo müſſe: cujus filiam vulgo quaeſitam apparuit, geleſen werden. Daß die Tochter vulgo quaeſita geweſen, ſey ein Beweis, die Mutter habe vorher, ehe ſie den Koncubinat gewählt, eine öffentliche Hure abgegeben, und ſich dadurch des Koncubinats, der ſonſt einer

Inge-

Ingenuae, wie ſie war, nicht erlaubt wurde, fähig gemacht. Rufina ſey ſelbſt zur Erbin neben der Enkelin ernannt, und alumna geheiſſen worden. Der Erklärung des A. Faber gleicht die, welche Langebeck Otto Theſ. Tom. 1. p. 569. macht. Perrenon. Animadverſ. c. 25. Otto Theſ. Tom. 1. p. 655. ſq. tritt auch dem A. Faber bey und lieſt: non honore pleno dilexerat. Ranchin. Ver. lect. iſt gleicher Meynung, meynt aber, Coccejus habe ſeiner Koncubine, der Rufinae, Tochter alumna genannt. Dieſe habe er nicht zur Koncubine haben können, wenn er die Mutter zur Frau gehabt hätte, weil die Verwandſchaft dagegen geweſen. Otto Theſ. Tom. 5. p. 947. Dem Cujacio iſt auch Panciroll zuwider. Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 1209 de Retes Opuſc. bey Meerm. Theſ. Tom. 6. p. 406. und nimmt mit der Rufina keine Ehe an. Es war, meynt er, zweifelhaft, ob eine Ehe vorhanden geweſen, ob plenum honorem. Aber weil die Tochter der Rufina eine vulgo quaeſita, alſo die Rufina keine honeſta war, und Coccejus die Tochter alumnam, nicht privignam genannt, ſo war Rufina eine Koncubine, und Coccejus konnte ſolche in ſolidum zu Erben ernennen. Merill. Obſ. L. 3. c. 17. lehrt, die Rufina habe den Caſſium wirklich animo mariti bey ſich gehabt, es habe aber keine Ehe ſeyn können, weil ſie eine ſolche geweſen, quae quaeſtum corpore fecerat. Er habe die Tochter, ſo von einem andern Vater hergekommen und er erzogen, aber nie zur Ehe gehabt, zur Miterbin ernannt. Papinian rede im Anfange von Einſetzung einer Koncubine, und beſchließe mit Einſetzung deren Tochter. Die Cujacianiſche Erklärung läßt ſich freylich nicht behaupten, und man muß die übrigen Erklärungen ihr vorziehen. Nach dem Text, wie er jetzt ausſieht, hat der Erblaſſer ſeiner Koncubine Tochter zu Erben ernannt. Da aber von Einſetzung der Koncubine

ſelbſt geredet werden ſollen, ſo iſt die Verbeſſerung des A. Faber im Text nicht zu verwerfen.

§. 1148. 16) Wenn ein Soldat oder auch ein anderer eine liederliche Weibsperſon, mit welcher er Hurerey getrieben, und die er bey ſich hatte, und mit ſolcher lebte, ohne weder auf den Fuß der Ehe, noch des Koncubinats mit ihr zu ſtehen, im Teſtamente bedacht. Dieſe Perſon konnte beſonders der Soldat weder in einem gemeinen, noch militäriſchen Teſtamente zu Erben ernennen. Wenn er es that, ſo fiel das, was ihr verlaſſen worden, dem Fiſcus zu. L. 14. de his quae vt indign. Mulierem, quae ſtupro cognita in contubernio militis fuit, etſi ſacramento miles ſolutus, intra annum mortem obierit, non admitti ad teſtamentum jure militari factum, et id quod relictum eſt, ad fiſcum pertinere, proxime tibi reſpondi. Der Soldat war eben nach erhaltenem Abſchiede, aber binnen einem Jahre geſtorben. Das war ſo gut, als wenn er noch im Dienſte verſtorben wäre. Es war ein militäriſches Teſtament gemacht. Die Entſcheidung muſte aber eben dieſelbe ſeyn, wenn der Soldat ein gemeines Teſtament gemacht hätte. Koncubinen, welche bey Soldaten focariae hießen, konnten dieſe gar wohl zu Erben ernennen. Von ſolchen iſt alſo unſre Stelle nicht zu verſtehen. Nur unter Lebendigen konnten ſie ihnen nichts ſchenken, da doch Pagani ihren Koncubinen ſchenken können. Man befürchtete, daß ſie von ihnen möchten ausgezogen werden. Merill. Obſ. L. 8. c. 34.

§. 1149. 17) Wenn der Erblaſſer in einer Verordnung, worinn man ſein Teſtament nicht widerrufen kann, etwa in einem Kodicill, die Erbeinſetzung dennoch dergeſtalt widerrufen und aufgehoben hat, daß er den im Teſtamente ernannten Erben einen unwürdigen Menſchen ge-

genannt. In ſolchem Falle iſt zwar die Erbeinſetzung an ſich noch gültig. Doch der Fiſcus entzieht dem Erben ſeine Beerbung, und tritt an ſeine Stelle L. 4. C. de his quib. vt indign. Hereditas in teſtamento data per epiſtolam vel codicillos adimi (verbis directis) non potuit. Quia tamen teſtatrix voluntatem ſuam non mereri vnum ex heredibus ſuis declaravit: merito ejus portio non jure ad alium translata, fiſco vindicata eſt. Libertates autem in eadem epiſtola datae peti poterunt. Die Fideicommiſſariſche Herausgabe der Erbſchaft an einen andern kann im Kodicill dem Teſtamentserben auferlegt werden. Aber einen heredem directum an ſeine Stelle zu ſetzen, oder ihm geradezu die Erbſchaft zu nehmen, geht nicht an.

§. 1150. 18) Wenn der Erbe die Dinge nicht thut, welche ihm der Erblaſſer zu thun auferlegt hat. Paul Sent. Lib. 3. tit. 5. §. 13. Omnibus, qui contra voluntatem defuncti faciunt, vt indignis aufertur hereditas, ſi nihil teſtamento in fraudem legis fuerit cautum.

§. 1151. Eine Ausnahme macht Alex. Sever. bey Anordnungen des Begräbniſſes, ſo vom Erblaſſer in ſeinem Teſtamente geſchehen. Wenn dieſe auch der Erblaſſer nicht alle genau befolgt hat; ſo verwürkt er doch das Erbrecht dadurch nicht. L. 5. C. de his quib. vt indign. Non oportet, vt indignis heredibus, ſucceſſiones auferri praetextu, quod in ſepultura ſupremis judiciis, vel voluntatibus defunctorum obtemperatum non fuiſſet. L. 5. C. de relig. et ſumt. fun. Die Regel iſt nicht, wie Cujac. ad Paul. l. c. meynt, neuerlich aufgehoben. Wo beſondere Geſetze in einem oder andern Fall dem Fiſcus den Nachlaß entziehen, iſt freylich die Regel

nicht zu gebrauchen. Außer ſolchen aber iſt davon nicht abzugehen.

§. 1152. 19) Wenn der Erbe den Erblaſſer gehindert hat, ein Teſtament zu machen. Dies kann bey den Inteſtaterben vorkommen, welche dem Erblaſſer an aller Teſtamentsverordnung gern hinderlich ſind. Paul. Sent. L. 5. tit. 12. §. 2. Ei etiam, velut indigno, aufertur hereditas, qui adfinem vel cognatum, cui ipſe ab inteſtato ſucceſſurus erat, teſtamentum facere prohibuit, aut ne jure ſubſiſteret operam dedit. Adfinem iſt hier auszuſtreichen.

§. 1153. Aber auch bey Teſtamentserben kann es vorkommen, die wünſchen, daß es bey dem einmal für ſie gemachten Teſtamente bleibe, und der Erblaſſer darinn nichts weiter zu ihrem Nachtheil ändere. L. 1. pr. Si quis aliq. teſt. prohib. Qui, dum captat hereditatem legitimam, vel ex teſtamento, prohibuit teſtamentarium introire, volente eo facere teſtamentum vel mutare: Divus Hadrianus conſtituit, denegari ei debere actiones, denegatisque et actionibus, fiſco locum fore L. 19. de his quae vt indign. Si ſcriptis heredibus ideo hereditas ablata eſt, quod teſtator aliud teſtamentum mutata voluntate facere voluit, et impeditus ab ipſis eſt: ab vniverſo judicio priore receſſiſſe eum videri. L. 2. C. Si quis aliq. teſt. proh. Eos, qui, ne teſtamentum ordinaretur impedimento fuiſſe monſtrantur, velut indignas perſonas a ſucceſſionis compendio removeri, celeberrimi juris eſt. Daß auch Legata in dieſem Falle ungültig werden, wird behauptet, weil die Legatarien ohnedem ihre Legata verlohren hätten, wenn ein zweytes Teſtament gemacht wäre. Cheſi Ipr. R. et A. Tom. 2. p. 720. Teſtamentarius iſt der, welcher zum Aufſatz des Teſtaments gebraucht wird.

§. 1154.

§. 1154. Es bezieht ſich alſo dieſe Verordnung auf alle Arten der Erben, ſowohl Teſtaments- als Inteſtaterben. L. 2. pr. Si quis aliq. teſt. proh. Si quis dolo malo fecerit, vt teſtes non veniant, et per hoc deficiatur facultas teſtamenti faciendi: denegandae ſunt actiones ei, qui dolo fecerit, ſive legitimus heres ſit, ſive priore teſtamento ſcriptus.

§. 1155. Von denen, welche beſtraft werden ſollen, muß jeder geſündigt haben. Wenn alſo alle Teſtamentserben ſich der Hinderniß des Erblaſſers in Errichtung eines neuen Teſtaments ſchuldig gemacht, ſo ſind ſie alle der Erbſchaft verluſtig. L. 1. §. 2. Si quis aliq. teſt. proh. Si plures heredes inſtituti ſint, et omnes dolo fecerunt, quo minus teſtamentum mutaretur: dicendum eſt actiones omnibus denegari, quia omnes dolo fecerunt.

§. 1156. Aber nur derjenige wird geſtraft, der an der Hinderung Antheil genommen. Wer unſchuldig iſt, dem kann auch ſeines Bruders Schuld, der etwa ſein Miterbe iſt, nicht ſchaden. L. 2. §. 1. Si quis aliq. teſt. prohib. Fratris autem factum fratri non nocet.

§. 1157. Der, welcher mit Verwürkung der Erbſchaft beſtraft werden ſoll, muß auch würklich durch Gewalt oder Liſt den Erblaſſer am Teſtamente gehindert haben. Wenn blos durch gütliches Zureden und gute Worte der Erblaſſer von ſeinem Vorſatz zum Teſtamente abgebracht worden: ſo zieht dies keine Verwürkung des Nachlaſſes nach ſich. L. 3. Si quis aliq. teſt. proh. Virum, qui non per vim, nec dolum, quo minus vxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret, interceſſerat, ſed (vt fieri adſolet) offenſam aegrae mulieris maritali ſermone placaverat, in crimen non incidiſſe

re-

reſpondi: nec ei, quod teſtamento fuerat datum, auferendum. cf. Chr. L. Crell de ſermon. maritali teſtam. fac. cauſ.

§. 1158. Uebrigens iſt es gleich, ob der, welcher im erſten Teſtamente ernannt war, in Errichtung eines zweyten ſelbſt hinderlich geweſen, oder ob es deſſen Vater oder Herr gethan. In letzterm Falle wird dem Kinde oder Knechte die Erbſchaft, als verwürkt, entzogen, wenn dieſes Kind oder dieſer Knecht gleich dabey unſchuldig ſind. L. 1. §. 1. Si quis aliq. teſt. proh. Si dominus dolo fecerit, ne teſtamentum mutaretur, in quo ſervus ejus ſcriptus erat: quamvis manumiſſus adierit hereditatem, actiones ei denegantur: cum et liberis ejus, ſi quid fuerit datum, denegari debeat, etſi non fuerint in poteſtate. Sed ſi legatum ei relictum ſit, idque reſtituere ſit rogatus conſequens erit dicere, admitti eum ad legatum quod non ipſe habuiſſet, ſed ad alium ſit translaturus. Hier ſchadet des Vaters oder Herrn That dem Kinde oder Knechte, weil doch gewiß iſt, daß der Erblaſſer dieſem Kinde oder Knechte die Erbſchaft hat nehmen wollen. Wenn die Verwürkung bey ihm nicht ſtatt finden ſollte, ſo würde derjenige die Erbſchaft bekommen, welchem ſie die Erblaſſer doch zu nehmen intendirt hatten.

§. 1159. Daß unter der Verwürkung die Fälle nicht begriffen, da man das, was man erhalten ſoll, einem andern wieder auszuliefern hat, iſt auch bey den übrigen Arten der Verwürkung ſchon oft vorgekommen. Wenn ein Erbantheil zu reſtituiren, ſo bekommt ſolchen der Fiſcus, reſtituirt ihn, und zieht die Trebellianica ab. Aber wer ein Legat bekommen ſollte, der zieht dem, welchem er reſtituiren ſoll, nichts ab. Daher wird auch des Fiſcus in einem ſolchen Falle gar nicht gedacht.

§. 1160.

§. 1160. 20) Wenn der Erbe durch Entwendung der zur Erbſchaft gehörigen Sachen Legatarien und Fideicommiſſarien vervortheilen wollen. In dieſem Falle verliehrt er die davon zu ziehende Falcidia oder Trebellianica, und ſtatt ſeiner zieht ſie der Fiſcus. L. 6. de his quae vt indign. Reſcriptum eſt a principe, heredem rei, quam amoviſſet, quartam non retinere. Et ideo ſi is, qui quadringenta habebat, vniverſa quadringenta legavit, et heres centum ſubtraxiſſet: trecentorum quartam retinebit; ſeptuaginta quinque ſcilicet; et ducenta viginti quinque dabit legatariis: ex centum, quae ſubripuit, legatariis quidem dabit ſeptuaginta quinque; reliqua, id eſt, vigintiquinque, ad fiſcum venient.

Dritter Abſatz.

Beſonders der Fall, da der Erbe ſich um die geſchehene Entleibung des Erblaſſers nicht bekümmert.

Erſtes Membrum.

Von Unterlaſſung der Unterſuchung überhaupt.

§. 1161. Die Unterſuchung der Entleibung ſoll vor Antretung der Erbſchaft angefangen werden. Die Knechte, ſo ſich in der Nähe befunden, kommen auf die Tortur, ſelbſt die Freygelaſſenen des Teſtaments, und die, ſo bey Leben des Erblaſſers zur Freyheit gekommen. §. 1162. Fälle, wo die Unterſuchung nach Antretung der Erbſchaft anfangen konnte. (§. 1232.) §. 1163. Die Unterſuchung muß nie unterbleiben. §. 1164. Die Strafe der Unterlaſſung hat bey Inteſtat- und Teſtamentserben ſtatt. §. 1165. Auch bey Patronen, welche den Freygelaſſenen beerben. §. 1166. Auch bey Ehemännern, die ihre Frau beerben. §. 1167. Der Erblaſſer muß von der Verwundung geſtorben ſeyn. §. 1168. Nachläßigkeit der Gerichte ſchadet dem Erben nicht.

nicht. §. 1169. Das Zuvorkommen des Inteſtaterben bey Veranlaſſung der Unterſuchung ſchadet dem Teſtamentserben nicht. §. 1170. Der nachläßige Erbe verliehrt auch die Legata. §. 1171. Die Strafe iſt nach 5 oder 20 Jahren verjährt. §. 1172. Die Unterſuchung iſt immer mit der Tortur der Knechte verknüpft.

§. 1161.

21) Wenn der Erbe, nach dem Tode ſeines Erblaſſers, da ſich Zeichen oder Beweiſe einer an ihm geſchehenen Mordthat finden, ſich um dieſe Thätlichkeit nicht bekümmert, und deshalb keine Unterſuchung anſtellt und veranlaßt. Nach dem Tode eines Römers muſten nach dem SCto Silaniano, ſo unter Auguſto gemacht iſt, die Knechte, die ſich in einem ſolchen Falle in der Nähe befunden hatten, als der Herr entleibt worden, auf die Tortur gebracht, und dergeſtalt muſte der Wahrheit nachgeforſcht werden Daß dieſes noch vor Antretung der Erbſchaft der Erbe beſorgen ſollte, verlangte der Praetor, und es beſtättigte ſolches das SCtum Neronianum, oder Claudianum, oder Piſonianum, ſo auch verordnete, daß die Tortur ſelbſt auf diejenigen ausgedehnt werden ſollte, welchen der Entleibte im Teſtamente die Freyheit gegeben. Unter dem Kaiſer Trajan wurde durch ein SCtum dieſelbe auch auf diejenigen erſtreckt, welchen der Erblaſſer ſchon bey ſeinem Leben die Freyheit gegeben, wenn ſie in der Nähe der Entleibung geweſen waren.

§. 1162. Wenn alſo nicht vor Antretung der Erbſchaft der Erbe die Unterſuchung betrieb, ſo verwürkte er nach dem SCto Silaniano die Erbſchaft, als unwürdig. Dieſes SCtum war aber auf gewaltthätige Entleibungen eingeſchränkt. Bey Vergiftungen und heimlichen Morden war es genug, wenn der Erbe nur nach Antretung

tretung der Erbſchaft ſich mit der Unterſuchung beſchäftigte. Eben dieſes galt, wenn nicht Knechte die Entleibung vorgenommen hatten, auch nicht in der Nähe geweſen waren, ſondern die Entleibung lediglich von Fremden herrührte, und dabey kein Knecht etwas verſehen hatte.

§. 1163. Der Erbe war auf alle Fälle ſchuldig, bey ſich findenden Spuren der Entleibung, wegen der That Unterſuchungen anzuſtellen, wenn er nicht die Erbſchaft verwürken wollte. L. 1. C. de his quib. vt indign. Heredes, quos necem teſtatoris inultam omiſiſſe conſtiterit, fructus integros cogantur reddere. Neque enim bonae fidei poſſeſſores ante controverſiam illatam videntur fuiſſe, qui debitum officium pietatis ſcientes omiſerunt. Ex hereditate autem rerum diſtractarum, vel a debitoribus acceptae pecuniae poſt motam litem vſuras inferant. Quod in fructibus quoque locum habere, quos in praediis hereditariis inventos, aut exinde perceptos vendiderint, procul dubio eſt. Vſuras autem ſemiſſes dependere ſatis eſt. Der Beſitzer haftet hier dem Fiſcus auch wegen der vor der Litis Conteſtation zu ziehen geweſenen Früchte, wenn gehöriger Fleiß angewendet worden wäre. Was die Zinſen von den vor der Litis Conteſtation gezogenen Kaufgeldern betrift, ſo ſoll der Beſitzer ſeit der Litis Conteſtation ſie davon nebſt den Kaufgeldern ſelbſt geben. Vlpian L. 20. §. 12. iſt damit unzufrieden, weil ſolches nur für einen b. f. poſſeſſorem gehöre. Ein m. f. poſſeſſor ſey hier dem Iuramento in litem unterworfen. Er glaubt aber, der Kaiſer Severus habe vom Verkauf geredet, der nicht wohl zu vermeiden und der Erbſchaft nützlich geweſen. Die Zinſen ſind ſemiſſales oder ſemiſſes, d. i. 6 pro Cent. Alle Monat gab man ½ Thlr. von 100 Thlr. Daher die Benennung. Man ſieht alſo, daß der Kaiſer

hier einen andern Grundſatz, als bey denen annahm, denen ein geheim Fideicommiß anvertraut war. Dieſe waren von den Zinſen frey. L. 18. pr. de his quae vt indign.

§. 1164. Sowohl Teſtaments- als Inteſtaterben hatten dieſe Strafe zu gewärtigen. L. 15. §. 2. de SCto Silan. Heredibus autem, qui in vlciſcenda morte defuncti ceſſaverant, tam teſtamento, quam ab inteſtato, auferuntur bona (forte et ſi quaſi patronus venit) quamvis hi ſuo jure admittantur. Suo jure admittantur wird von den Kindern, welche heredes ſui ſind, geſagt.

§. 1165. Auch der Patron fiel in die geſetzliche Strafe, wenn er bey Entleibung des Freygelaſſenen keine Unterſuchung veranlaſſete. L. 21. de his quae vt indign. Portionesque eorum fiſco vindicantur, qui mortem libertorum ſuſpecto decedentium non defenderunt. Omnes enim heredes, vel eos, qui loco heredis ſunt, officioſe agere circa defuncti vindictam convenit.

§. 1166. Auch der Ehemann verlohr das Heyrathsgut ſeiner Frau, ſo ihm ſonſt bey Abſterben ſeiner Frau verblieb, wenn es ein dos adventitia war. L. 20. de his quae vt indign. Ei, qui mortem vxoris non defendit, vt indigno dos aufertur.

§. 1167. Nur ſetzte die Strafe voraus, daß der Erblaſſer würklich entleibt worden. Hatte man dergleichen Entleibung vorgehabt, verſucht und angefangen, aber nicht vollbracht, und es war der Erblaſſer beym Leben geblieben, hernach aber aus andern Urſachen geſtorben; ſo brachte die vom Erben unterlaſſene Unterſuchung der böſen That keine Verwürkung mit ſich. L. 6. §. 3. de

de SCto Silan. Si appetitus ſit, nec occiſus dominus: nihil Senatusconſulto cavetur. Ipſe enim poteſt in familiam ſuam animadvertere.

§. 1168. Wenn der Erbe ſeine Pflicht gethan und die Unterſuchung nach Möglichkeit getrieben, die Gerichte aber haben ihre Pflicht nicht beobachtet, und dadurch iſt die That nicht zur gehörigen Beſtrafung gekommen; ſo kann der Erbe dafür nicht. L. 21. §. 2. de SCto Silan. Praeſidis iniquitate reis illatae caedis abſolutis, heredibus, qui non defunctorie debitum officium impleverant, quamvis non provocaſſent, hereditatem auferri non oportere, viſum eſt.

§. 1169. Wenn der Inteſtaterbe dem Teſtamentserben in Betreibung der Unterſuchung zuvorgekommen, ohne daß der letztere ſchon was verſäumt hatte; ſo war dieſer entſchuldigt, und jener konnte ihm, ſeiner Emſigkeit wegen, die Erbſchaft nicht wegfiſchen wollen. L. 10. C. de his quib. vt indign. Sororem fratris necem jure licito vindicantem evincere ab vxore (recte) ſcripta ſucceſſionem non convenit. Secundum quae ſi fiduciam innocentiae geris, et neque dolo malo tuo maritum necatum, neque alias indignam te ſucceſſione probari (poſſe) confidis: adverſus omnem calumniam maximam habes ſecuritatem. Wenn es nicht möglich geweſen, mit aller angewandten Mühe die Thäter herauszubringen, ſo war der Erbe ebenfalls entſchuldigt. L. 7. C. de his quib. vt indign. Si ideo vltio necis teſtatoris non eſt deſiderata, quia caedis autores reperiri non potuerint: obeſſe heredibus, ex quo nulla eorum culpa detegitur, non oportet.

§. 1170. Wer gegen die Verordnung der Geſetze handelt, verliehrt alles, was ihm als Erben, und auch

als Legatario, verlaſſen war. L. 15. §. 1. de SCto Silan. Cum ex parte heredi inſtituto legatum quoque erat, et in vlſciſcenda morte ceſſaverat: Divi Severus et Antoninus reſcripſerunt, tam hereditatis portionem, quam legatum ei auferendum.

§. 1171. Nach 5 Jahren ſchützte gegen die Confiſcation die Verjährung, wenn nicht die Undankbarkeit gegen den Erblaſſer von nahen Verwandten begangen war. In dieſem Falle blieb es bey der 20 jährigen Verjährung der Verbrechen. L. 13. de SCto Silan. In cognitione aperti adverſus Senatusconſultum teſtamenti ejus, qui a familia ſua occiſus dicatur, quinquennii tempus conſtitutum eſt Senatusconſulto, Tauro et Lepido Conſulibus. Quod tamen ad extraneos pertinet. Namque eos, qui parricidii poena teneri poſſunt, ſemper accuſare permittitur eodem Senatusconſulto. Die Baſilicae überſetzen ſo, daß ein Unterſchied ſey, ob ein Fremder oder ein Kind die Entleibung vorgenommen, wovon jedoch nicht die Rede. Das SCtum, deſſen hier erwähnt wird, iſt nach dem Senatusconſulto Silaniano, jedoch noch unter dem Auguſtus gemacht.

§. 1172. Weil die Entleibungen häufig waren, die gemeiniglich von den Knechten herrührten, worunter auch vielleicht der Erbe ſelbſt ſtack, der durch Nachläßigkeit in der Unterſuchungsbetreibung ſeine eigene Bosheit verdecken wollte; ſo war, die Mordthaten zu unterſuchen, bey der Erbantretung ſtreng anbefohlen. Der nächſte Verdacht fiel immer auf die Knechte. Dieſe ſtacken gemeiniglich darunter. Deshalb waren ihrentwegen ſo harte Verordnungen gemacht. L. 1. pr. de SCto Silan. Cum aliter nulla domus tuta eſſe poſſit, niſi periculo capitis ſui cuſtodiam domini, tam ab domeſticis, quam extra-

extraneis praeſtare ſervi cogantur, ideo SC. introducta ſunt, de publica quaeſtione a familia necatorum habenda.

Zweytes Membrum.

Von Unterlaſſung der Unterſuchung vor Antretung der Erbſchaft.

§. 1173. Vom Fall der heimlichen Entleibung. (§. 1162. 1232.) §. 1174. Hier muß die Unterſuchung wenigſtens bald nach Antretung der Erbſchaft veranlaßt werden. §. 1175. Zu dieſem Falle gehörte die Entleibung durch Schuld des Arzts. §. 1176. Auch in dieſen Fällen hatte bey unterlaſſener Unterſuchung die Strafe der Unwürdigkeit ſtatt. §. 1177. Bey gewaltthätigen Entleibungen muſte die Unterſuchung vor Antretung der Erbſchaft geſchehen. §. 1177b. Fortſetzung. §. 1177c. Beym philoſophiſchen Selbſtmorde fiel den Knechten nichts zur Laſt. §. 1777d. Andere Selbſtmorde gehörten unter das SCtum. §. 1777e. Doch brauchte die Unterſuchung nicht vor Antretung der Erbſchaft zu geſchehen §. 1778. Größe der Geldſtrafe bey der Antretung vor der Unterſuchung. §. 1179. Der Inteſtaterbe iſt ebenfalls ſtrafbar, wenn er vor der Unterſuchung die Erbſchaft antritt. §. 1180. Zu frühzeitige Immixtio iſt ſo gut, als zu voreilige Aditio· §. 1181. Auch zu frühe bonorum poſſeſſio. §. 1182. Ingleichen Eröfnung, Abſchreibung oder Ableſung des Teſtaments. §. 1183. Das Teſtament ſey verwahrt, wie es wolle. §. 1184. Nur muß die Eröfnung vollendet ſeyn. §. 1185. Eröfnung eines Theils des Teſtaments iſt ſchon der Strafe unterworfen. §. 1186. Der Pupillarerbe kommt um ſein Recht, wenn er das pupillariſche Teſtament eröfnet. §. 1187. Es iſt genug, daß die Eröfnung u. ſ. w. bey einer Nebenverordnung geſchehen. §. 1188. z. E. bey einem Kodicill. §. 1189. Wenn die Nebenverordnung auch nicht gültig. §. 1190. Unter mehrern Erben leidet nur der, welcher geſündigt hat. §. 1191. Beweis der vor Vollziehung der Strafe der Unwürdigkeit nöthig. §. 1192. Gezwungene

gene Antretung ſchadet nicht. §. 1193. Der Fideicommiſſar kann den Fiduciarerben vor erledigter Unterſuchung zur Antretung und Reſtitution zwingen. §. 1194. Die Unwiſſenheit der Entleibung entſchuldigt den Erben. §. 1195. Auch Unwiſſenheit der Rechte. §. 1196. Dinge, die keinen Aufſchub leiden, kann der Erbe auch vor Erledigung der Unterſuchung vornehmen. §. 1197. Die Zeit der Annehmung der bonorum poſſeſſionis verſtrich vor Endigung der Unterſuchung nicht. §. 1198. Bey dem vor der Antretung während der Unterſuchung erfolgenden Tode des Erben konnten ſeine Nachgelaſſenen ſolche noch verrichten. §. 1199. Fortſetzung. §. 1200. Der Ablauf der zur Erfüllung der Bedingung geſetzten Friſt ſchadete nicht, wenn man dem SCto gemäß das Teſtament bisher nicht eröfnen laſſen und daher von der Bedingung nichts gewuſt. §. 1201. Wofern blos dieſe Unwiſſenheit und das SCtum von der Nichterfüllung Urſach geweſen. §. 1202. Die durch verhinderte Eröfnung des Teſtaments aufgehaltene Freylaſſung der Knechte ſchadet dieſen nicht.

§. 1173.

War der Erblaſſer vergiftet oder ſonſt heimlich umgebracht, ſo war die Unterſuchung vor der Antretung der Erbſchaft nicht bey deren Verwürkung anbefohlen. L. 1. §. 18. de SCto Silan. Quod ſi quis (puta) veneno, vel etiam quo alio, quod clam necare ſoleat, interemtus ſit: ad (hoc) Senatusconſultum vindicta mortis ejus non pertinebit. Hoc idcirco, quia toties puniendi ſunt ſervi, qui auxilium domino non tulerunt, quoties potuerunt ei adverſus vim opem ferre, et non tulerunt. Caeterum, quid potuerunt facere adverſus eos, qui veneno vel quo alio more inſidiantur. Weil die Hauptverordnung des Senatusconſulti dieſe war, daß die Knechte, welche die Entleibung nicht abgewendet, geſtraft werden ſollten; ſo war daraus zu erſehen, daß deſſen ganze Schärfe auf gewaltthätige Entleibungen gerichtet war.

war. Vergiftungen gehörten nur dann darunter, wenn dem Entleibten das Gift mit Gewalt beygebracht war. l. c. §. 19. Plane ſi venenum per vim infuſum ſit, Senatusconſultum locum habet.

§. 1174. Sie muſte aber doch gleich nach ſolcher Antretung geſchehen. L. 9. C. de his quib. vt indign. Cum fratrem tuum veneno peremtum eſſe adſeveres, vt effectus ſucceſſionis ejus tibi non auferatur, mortem ejus vlciſci te neceſſe eſt. Licet enim hereditatem eorum, qui clandeſtinis inſidiis perimuntur, hi, qui jure vocantur, adire non vetantur: tamen ſi interitum non fuerint vlti, ſucceſſionem obtinere non poſſunt. Paul Sent. L. 3. tit. 5. §. 2. Occiſus videtur, non tantum, qui per vim aut per caedem interfectus eſt, velut jugulatus aut praecipitatus, ſed et is, qui veneno necatus dicitur. Honeſtati enim heredis convenit, qualemcunque mortem teſtatoris inultum non praetermittere. Die Anmerkung des Paulus, die ſonſt lächerlich ſcheinen möchte, bezieht ſich darauf, daß das SCtum Silanianum eigentlich nur von der gewaltthätigen Entleibung redete. Deshalb aber war bey andern Ermordungen dem Erben die Unterſuchung nicht erlaſſen. Nur war ſie vor Antretung der Erbſchaft hier ſo nöthig nicht, als bey der Gewaltthätigkeit.

§. 1175. Daher war auch zur Unterſuchung nach Antretung der Erbſchaft noch Zeit, wenn der Arzt durch ſchädliche Mittel, mit Vorſatz, oder aus Unwiſſenheit und Ungeſchicklichkeit, den Erblaſſer ums Leben gebracht. L. 5. §. 3. de SCto Silan. Vbi quis incuria necatus eſt, vel medici inſidiis, adiri quidem hereditas poteſt, ſed heredi defenſio mortis incumbit.

§. 1176. Mithin war auch die heimliche Entleibung von Unterſuchung und Strafe nach Antretung der Erbſchaft nicht frey. L. 1. §. 21. de SCto Silan. Quid ergo, ſi dominus veneno, non per vim necatus eſſe proponatur, impunitum erit factum? Nullo modo. Licet enim ceſſat Senatusconſultum Silianianum, nec quaeſtio ſuppliciumque de his, qui ſub eodem tecto fuerunt, habeatur: tamen, ſi qui conſcii vel factores ſceleris fuerunt, hi demum ſupplicio adficiuntur: et adiri hereditas aperirique tabulae etiam ante quaeſtionem habitam poſſunt.

§. 1177. Im Fall alſo der durch Knechte geſchehenen gewaltthätigen Entleibung war die Unterſuchung vor Antretung der Erbſchaft nöthig. Sonſt wurde die Erbſchaft verwürkt, und es muſte überdem Geldſtrafe bezahlt werden. Paul Sent. L. 3. tit. 5. §. 1. Hereditas ejus, qui a familia occiſus eſſe dicitur, ante habitam quaeſtionem adiri non poteſt, neque bonorum poſſeſſio poſtulari. §. 10. Hereditas a fiſco vt indignis aufertur his primum, qui, cum interfectus eſſet teſtator, apertis tabulis teſtamenti, vel ab inteſtato adierunt hereditatem, bonorumve poſſeſſionem acceperunt. Amplius his et in centum millia ſeſtertiorum poena irrogatur. Nec refert, a quibus paterfamilias nec quemadmodum occidatur. L. 3. C. de his quib. vt indign. Si ea quaeſtio infertur filii ejus, quam conſobrinam tuam dicis, quod tabulae teſtamenti patris eorum, qui a familia interfectus dicebatur, priusquam quaeſtio de ſervis haberetur, apertae et recitatae ſunt: propter ampliſſimi ordinis conſultum hereditas a fiſco vindicatur: et ideo agi cauſa apud procuratorem meum debet: quia non eo tempore pupilli fuerunt. Der Zuſatz bey §. 10. Nec refert etc. muß, wenn er den übrigen Stellen nicht widerſprechen ſoll, ſo verſtanden werden,

daß

daß Knechte des Entleibten wenigſtens dabey etwas mit geſündiget haben müſſen, und bey der Entleibung es auf die Arten der Gewaltthätigkeit nicht ankomme; wenn nur eine Gewaltthätigkeit gebraucht iſt. In L. 3. C. hatten die Kinder gegen das SCtum Silianianum bey der Erbſchaft ihres Vaters gehandelt. Eine Conſobrina der Mutter that deshalb vermuthlich beym K. Alexander Severus Vorſtellung, als der Procurator Caeſaris die Erbſchaft vor ſich zog. Sie gab vermuthlich vor, die Kinder wären unmündig geweſen, als ſie des Vaters Erbſchaft an ſich genommen. Es fand ſich aber das Vorgeben nicht gegründet. Daher blieb der Procurator Caeſaris berechtigt, ſein Amt zu thun, und die Implorantin wurde abgewieſen.

§. 1777. b. Die Entleibung wovon das Senatusconſultum Silanianum redete, und welche vor Antretung der Erbſchaft unterſucht werden ſollte, muſte, wie ſchon geſagt gewaltthätig geſchehen ſeyn. Sonſt hatte es mit der Unterſuchung nach der Antretung der Erbſchaft noch Zeit. L. 1. §. 17. de SCto Silan. Occiſorum appellatione eos contineri Labeo ſcribit, qui per vim aut caedem ſunt interfecti: (ut puta jugulatum, ſtrangulatum, praecipitatum vel ſaxo, vel fuſte, vel lapide percuſſum, vel quo alio telo, necatum.) §. 20. eod. Vbicunque igitur vis adhibita eſt, quae interimere ſolet, ibi dicendum eſt, locum Senatusconſulto fore.

§. 1177. c. Bey Selbſtmorden kam es darauf an, ob ſie nach ſtoiſchen philoſophiſchen Grundſätzen vorgenommen wurden, oder etwa in einem Anfall von Krankheit, Raſerey u. ſ w. In jenem Falle war Niemanden dabey etwas zur Laſt zu legen, weil die That als ein Edelmuth angeſehen wurde. L. 1. §. 23. de SCto Silan. Si quis non metu criminis, ſed taedio vitae,

 vel

vel impatientia doloris ſibi manus intulit, ejus teſtamentum aperiri, et mortis caſus non impedit.

§. 1177. d. Im letztern Falle hingegen fiel es den Knechten zur Laſt, wenn ſie die That nicht zu verhindern geſucht. L. 1. §. 22. de SCto Silan. Si ſibi manus quis intulit, Senatusconſulto quidem Silaniano locus non eſt, ſed mors ejus vindicatur: Scilicet, ut ſi in conſpectu ſervorum hoc fecit, potueruntque eum in ſe ſaevientem prohibere, poena adficiantur: ſi vero non potuerunt, liberentur. Paul. Sentent. L. 3. tit. 5. §. 4. Qui occiſus dicitur, ſi conſtet, eum ſibi quoquo modo manus intuliſſe, de familia ejus quaeſtio non eſt habenda, niſi forte prohibere potuit nec prohibeat.

§. 1177. e. Daß die That nicht unter das SCtum Silanianum gehört, kommt daher, weil dieſes eine durch die Knechte geſchehene Entleibung vorausſetzte. Hier war ſolcher Fall nicht vorhanden. Alſo war die Unterſuchung vor Antretung der Erbſchaft nicht ſchlechthin nothwendig. Sie konnte auch nachher noch geſchehen, durfte aber nicht unterlaſſen werden.

§. 1178. Die 100000 Seſtertien Strafe in dieſen Fällen waren zu Pauli Zeit ſo viel, als 1000 Aurei. Juſtinian aber nimmt dafür 100 Aureos an, ſo daß er nicht 100, ſondern 1000 Seſtertien auf einen Aureum rechnet, welches ſeine gewöhnliche Reduction iſt. L. 25. §. 2. de SCto Silan. Ex hoc edicto actio proficiſcitur contra eum, qui adverſus edictum praetoris tabulas teſtamenti aperuiſſe (dicetur) vel ſi quid aliud feciſſe dicetur. Nam, (ut ex ſupra dictis apparet), plura ſunt propter quae poena edicti conſtituta eſt. Palam eſt autem popularem actionem eſſe, cujus poena in centum aureos extenditur. Et inde partem dimidiam ei, cujus opera con-

convictus erit, praemii nomine ſe daturum praetor pollicetur: partem in publicum reducturum. Die plura ſunt, propter quae poena edicti conſtituta eſt iſt auch recitatio, deſcriptio etc. teſtamenti. Die Endanmerkung iſt allen actionibus popularibus, die auf poenas privatas gehen, gemein.

§. 1179. Nicht aber blos dem Teſtamentserben wird die Verwürkung der Erbſchaft gedrohet, wenn er vor der Unterſuchung die Erbſchaft annimmt, ſondern eben dieſe Ahndung wartet auch auf den Inteſtat-Erben. L. 3. §. 29. de SCto Silan. Non tantum ex teſtamento, ſed etiam ab inteſtato, hereditas ad hoc edictum pertinet, ut ne quis adeat, bonorumve poſſeſſionem petat, antequam quaeſtio de familia habeatur, ne heres propter compendium ſuum familiae facinus occultaret. Wenn die Knechte gemartert und beſtraft wurden, ſo war dies ein Schade für den Erben. Der konnte alſo um dieſem Schaden zu entgehen, die Unterſuchung der Entleibung vernachläßigen.

§. 1180. Es ſoll keine Antretung der Erbſchaft vor der Unterſuchung geſchehen, wie die vorigen Geſetze beſagen. Ferner keine Immixtion, L. 5. pr. de SCto Silan. Neceſſarios heredes puto edicto comprehendi, ſi ſe miſcent hereditati.

§. 1181. Ferner kein Geſuch der bonorum poſſeſſion. L. 5. §. 1. de SCto Silan. Nec bonorum poſſeſſionem peti praetor permittit. Et ego puto ad omnes bonorum poſſeſſores hoc edictum pertinere.

§. 1182. Ferner keine Eröfnung, Ableſung oder Abſchreibung des Teſtaments. L. 3. §. 28. de SCto Silan. Si alius aperuit, alius, recitavit, alius deſcripſerit:

rit: omnes in edictum incident, qui ſingula eorum fecerunt.

§. 1183. Die zu frühe Eröfnung des Teſtaments iſt bey jeder Art der Zumachung und Verwahrung des Teſtaments ſtrafbar. L. 3. §. 19. de SCto Silan. Aperire autem hic ille videtur, qui naturaliter aperit, ſive ſint ſignatae, ſive non ſint ligatae, ſed tantum naturaliter clauſae. Jede Art der Eröfnung iſt verbotten. L. 3. §. 20. de SCto Silan. Aperire accipere debemus prohibitos nos vel palam, vel publice, vel ſecreto. Omnis enim apertura prohibita eſt.

§. 1184. Wenn aber das Teſtament nicht ganz aufgemacht iſt, ſondern der Erbe nur das Band, womit das Teſtament umwunden war, aufgelöſt und zerſchnitten hat; ſo iſt die Strafe noch nicht verwirkt, weil die That nicht ganz vollzogen iſt. L. 3. §. 23. de SCto Silan. Si quis tabulas, quidem non aperuit naturaliter, linum autem inciderit: excuſatus erit: quia dolo caret, qui ipſas tabulas non aperuit.

§. 1185. Wer auch nur einen Theil des Teſtaments eröfnet, iſt der Strafe unterworfen. L. 3. §. 24. de SCto Silan. Si autem non totum teſtamentum, ſed pars ejus aperta ſit: dicendum eſt, in edictum incidiſſe eum, qui aperuit. Parvi enim refert, utrum totum, an pars, aperiatur.

§. 1186. Wer das Pupillar-Teſtament eröfnet hat, ehe er die Unterſuchung betrieben, da das Kind ums Leben gebracht worden, wird des Kindes Erbſchaft beraubt. Denn dies Teſtament iſt ſo gut, als wenn es das Kind ſelbſt gemacht hätte. L. 3. §. 27. de SCto Silan. Eadem ſervantur et de his, quae ad cauſam ſub-

ſubſtitutionis pertinent, ſi pupillus pupillave occiſus occiſave eſſe dicetur.

§. 1187. Es iſt einerley, ob die Eröfnung, Ableſung, Abſchreibung beym Teſtamente, oder bey einer andern zum Teſtamente gehörigen Verordnung geſchehen iſt. L. 3. §. 18. de SCto Silan. Quod ad cauſam teſtamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occiſus eſſe dicitur, id ne quis ſciens dolo malo aperiendum, recitandum deſcribendumque curet, edicto cavetur, priusquam de familia quaeſtio ex Senatusconſulto habita, ſuppliciumque de noxiis ſumtum fuerit.

§. 1188. Daher iſt, wenn der Erbe nicht das Teſtament, ſondern blos ein Codicill eröfnet hat, derſelbe ſchon zur Strafe reif. L. 3. §. 25. de SCto Silan. Si quis codicillos aperuerit, teſtamentum non aperuerit: in edictum incidit. Nam et codicilli ad cauſam teſtamenti pertinent.

§. 1189. Es iſt auch einerley, ob die Verordnung, welche eröfnet worden, gültig iſt oder nicht. L. 3. §. 26. de SCto Silan. Item ſive jure valeat id, quod apertum eſt, ſive non valeat: attamen edicto locus eſt.

§. 1190. Sind der Erbe mehrere, ſo leidet nur der unter der Strafe, der die Handlung gegen das Senatusconſultum vorgenommen hat. L. 27. de SCto Silan. Si de pluribus heredibus, quibusdam invitis, aut ignorantibus apertum erit teſtamentum, non amittunt portiones ſuas, qui culpa carent.

§. 1191. Soll die Strafe ſtatt finden; ſo müſſen die beyden Punkte ausgemacht ſeyn, nemlich, daß der Erbe würklich entleibt, und die Eröfnung u. ſ. w. vor

der

der Unterſuchung würklich erfolgt ſey. L. 5. §. 2. de SCto Silan. Non alias bona publicantur, quam ſi conſtabit, eſſe occiſum patremfamilias, et heredem ante quaeſtionem de familia habitam, ſuppliciumque ſumtum adiiſſe hereditatem.

§. 1192. Eine gezwungene Antretung der Erbſchaft kann dem Erben nicht ſchaden, weil ſolche ihm nicht zu zurechnen. L. 24. de SCto Silan. Si quis quaſi ſuſpectam hereditatem coactus adit, non tenetur edicto. Dieſer Zwang geſchahe dem SCto Pegaſiano gemäß, und machte, daß der Fiduciar-Erbe keinen Schaden, doch aber auch keinen Vortheil von ſeiner Antretung hatte.

§. 1193. Daher braucht der Fideicommiſſar-Erbe nicht darauf zu warten, daß der Fiduciarius erſt wegen des Mordes des Erblaſſers die gehörigen Unterſuchungen beendige, ſondern er kann ihn zwingen, daß er, ehe ſolche geſchehen, die Erbſchaft antrete und ihm herausgebe. L. 23. de SCto Silan. Si, antequam patefieret teſtatorem occiſum, tabulae teſtamenti apertae eſſent; deinde innotuiſſet, id admiſſum eſſe: cauſa cognita puto compellendum inſtitutum adire hereditatem, quam ſuſpectam diceret, et ex Trebelliano Senatusconſulto reſtituere. Hier ſteht Trebelliano für Pegaſiano. Daß das Teſtament eröfnet war, ehe man von der Entleibung was wuſte, wird erwähnt, weil das Fideicommiß im Teſtamente ſtand, und man ohne die Eröfnung nichts vom Fideicommiß erfahren hätte. Eröfnet aber hätte es, ohne Verwürkung, nicht werden können, wenn die Entleibung wäre bekannt geweſen.

§. 1194. Daß auch Unwiſſenheit und Irrthum entſchuldige, iſt billig. Dahin gehört eine Unwiſſenheit,

in facto. L. 3. §. 21. de SCto Silan. Si quis ignorans occiſum, aperuerit: non debet hoc edicto teneri.

§. 1195. Und auch eine Unwiſſenheit des Rechts cit. L. 3. §. 22. Et ſi ſciens, non tamen dolo aperuit, aeque non tenebitur: ſi forte per imperitiam vel ruſticitatem, ignarus edicti praetoris vel Senatusconſulti, aperuit.

§. 1196. Weil auf ſolche Art die Erbantretung lange verſchoben werden muß, ſo können daraus allerley nachtheilige Folgen für den Erben entſtehen. Es iſt aber dafür geſorgt, daß er darunter nicht leide. Wenn Dinge vorfallen, die bey der Erbſchaft beſorgt werden müſſen, und keinen Aufſchub leiden, ſo iſt dem Erben nachgelaſſen, ſich ſolcher vorläufig anzunehmen. L. 20. de SCto Silan. Heres, qui veneni cauſam perſequitur, res hereditarias urgentes ordinare, ſalvis probationum indiciis, non perhibetur. Dies Geſetz redet zwar eigentlich von einem Falle, wo vor Beendigung der Unterſuchung die Erbſchaft angetreten werden könnte. Im Falle einer Vergiftung war dies nemlich zugelaſſen. Aber der Antretung ohnerachtet, durfte hier dennoch der Erbe nicht alles, was einem Eigenthümer zukommt, vornehmen, ehe die Unterſuchung beendigt war, weil ſich finden konnte, daß er ſelbſt an der That Theil hatte, und in ſolchem Falle die Erbſchaft dem Fiſco gehörte. Man kann aber doch von dieſem Falle auf unſern Satz ſchlieſſen. Dinge, die keinen Aufſchub leiden, ſind den gewöhnlichen Regeln nie unterworfen.

§. 1197. Da die bonorum poſſeſſio vor Ausmachung der Sache nicht geſucht werden konnte, und dieſes Geſuch doch eine beſtimmte kurze Zeit hatte, nach welcher es erloſchen war; ſo konnte ſolche Zeit leicht verſtrei-

ſtreichen, ehe die Unterſuchungs-Sache zu Ende gekommen. Deshalb war verordnet, daß die Friſt dieſes Geſuchs vor Endigung der Unterſuchung nicht ablief. L. 21. pr. de Sto Silan. Propter veneni quaeſtionem tempus petendae poſſeſſionis non profertur: cum eo quoque ſuſpenſo crimine recte petatur. Aliud ſenatui placuit, cum a familia dominus necatus dicitur, ſervorum videlicet cauſa, quorum libertatem, quaeſtionis habendae gratia, negligi neceſſe eſt. Weil, wenn eine Vergiftung geſchehen, die Antretung auch vor der Unterſuchung geſchehen kann; ſo hat auch das Geſuch der bonorum poſſeſſionis, der unbeendigten Unterſuchung ohnerachtet, ſtatt. Aber im Fall des SCti Silaniani iſt es ein anders.

§. 1198. Wer vor Antretung der Erbſchaft ſtarb, verfällete ehemals ſein Erbrecht nicht auf die Erben. Weil nun der Tod des ernannten Erben während der Unterſuchung ſich ereignen konnte, ſo ſollten darunter ſeine Relicten nicht leiden; ſondern es war dieſen, die Erbſchaft ſelbſt anzutreten, annoch geſtattet. L. 3. §. 30. de SCto Silan. Eleganter Scaevola ait, ut quis ad heredem ſuum utiles actiones transmittat, ſi forte ante aditionem deceſſit, exploratum eſſe debere idcirco eum non adire, quod Senatusconſulto edictoque terreatur. Der Grund der nicht geſchehenen Antretung, will das Geſetz ſagen, muß würklich darin gelegen haben, daß der Erbe, dem SCto Silaniano gemäß, erſt die Mordthat zur Unterſuchung bringen wollen. Iſt dies, ſo haben ſeine Relicten actiones utiles, als hereditatis petitionem utilem u. ſ. w. Directae actiones kamen ihnen nicht zu, weil ſie nicht im Teſtamente ſtanden. Iſt ein anderer Grund vorhanden geweſen; ſo geht das Erbrecht auf die Relicten nicht über.

§. 1199. Eben dies lehrt L. 4. de SCto Silan. Qui poſtumos heredes inſtituerat, non natis poſtumis uxorem ſecundo loco ſcripſit heredem. Cum a familia necatus diceretur: uxor diem ſuum obierat. Heredes mulieris actiones ex conſtitutione ſibi dari poſtulabant. Eos ita demum audiendos reſpondi, ſi mulier, quam in utero nihil geſtare conſtabat, propter Senatusconſultum hereditatem adire noluit. Alioquin praegnata ea defuncta, nullam injuriae querelam interveniſſe. Der Mann hatte ſein Kind, womit er der Frauen Niederkunft hofte, zu Erben ernannt, dieſem aber die Frau vulgariter ſubſtituirt. Kein Kind war nach des Erblaſſers Tode zur Welt gekommen, und die Frau war auch einige Zeit nach des Mannes Tode verſtorben. Es war die Frage, ob ihre Erben an deren Stelle eintraten? Es kam darauf an, ob ſie des Senatusconſulti Silaniani wegen von Antretung der Erbſchaft abgehalten worden? Sie hatte etwa bald gemerkt und gefunden, daß ſie nicht ſchwanger war, oder war bald mit einem todten Kinde niedergekommen, weil aber der Mann entleibt worden, konnte ſie doch, der Subſtitution gemäß, die Erbſchaft nicht annehmen. Ex conſtitutione ſoll vermuthlich ex Subſtitutione heiſſen. In ſolchem Falle ſchadete ihren Erben ihr Tod vor Antretung der Erbſchaft nicht. Wenn ſie aber, weil auf die Niederkunft gewartet wurde, oder ſonſt aus andern Gründen, die Erbſchaft noch nicht angenommen, ſo war das Recht durch den Tod vor Antretung der Erbſchaft verlohren.

§. 1200. Eben ſo iſt es, wenn eine Bedingung der Erbeinſetzung beygefügt iſt, welche binnen gewiſſer Zeit erfüllt werden ſollen. Wofern das Teſtament ſogleich eröfnet werden dürfen, und daraus die Bedingung zu erſehen geweſen wäre, würde ſie dem Willen des Erblaſſers gemäß, binnen der geſetzten Friſt erfüllt

worden ſeyn. Dieſe war nun aber ſchon abgelaufen. Jedoch es ſchadete nicht. Da dieſe Bedingung nun nicht binnen geſetzter Zeit erfüllt worden, ſo wurde nachgelaſſen, daß ſie jetzt, nachdem die Eröfnung des Teſtaments geſchehen, welche ſo lange ausgeſetzt werden müſſen, noch erfüllt werden durfte. L. 3. §. 31. de SCto Silan. Si conditioni intra diem ex die mortis praeſtitutum parere juſſi ignorantia non paruerunt, ſi idcirco ignoratum eſt, quia metu Senatusconſulti aperiri tabulae non potuerunt: ſuccurritur eis ad implendam conditionem.

§. 1201. Inzwiſchen kam es auch hier darauf an, ob blos das SCtum Silanianum an der nicht gehörigen Erfüllung ſchuld geweſen. Sonſt blieb es ſtreng bey dem Teſtamente, wie ſchon die jetzige Stelle zu erkennen giebt, und ferner beſtättigt wird durch L. 3. §. 32. Si et aliud impedimentum ſit de non adeunda hereditate, vel aperiendarum tabularum, (ſit) et Senatusconſulti: nihil prodeſſe impedimentum Senatusconſulti, ſi et aliud fuit, veluti ſi praegnans uxor occiſi fuit, vel etiam putabatur, et propterea adire hereditatem inſtitutus non potuerit. Es wird nicht geſagt, daß bey andern Hinderniſſen nicht auch gegen den Ablauf der Zeit die Wiederherſtellung in den vorigen Stand geſchehen ſolle. Nur aus dem Grunde des Senatusconſulti ſoll ſolches nicht geſchehen. Wenn ſich die Witwe ſchwanger fand, ſo geſchahe eine Immiſſio ventris nomine, und vor Ausgang der Schwangerſchaft blieb die Teſtamentsſache und Antretung des Teſtamentserben, auch Eröfnung des Teſtaments, ausgeſetzt.

§. 1202. Den Knechten, welche im Teſtamente ihre Freyheit erhalten, ſoll auch der zu ihrer Freylaſſung entſtandene Aufenthalt nicht ſchaden. L. 11. C. de his

quib.

quib. ut indign. Cum Silanianum Senatusconſultum a nobis tam laudandum, quam corroborandum eſt, nec non divi Marci oratio, quae circa id facta eſt: invenimus autem, nullam in ea mentionem libertatis factam, et veteres movit quaedam de libertatibus relictis in teſtamento necari teſtatoris quaeſtio: neceſſarium nobis viſum eſt, et hanc dirimere. Hi enim, qui libertate fuerunt in hoc teſtamento donati, ſi eam acceſſiſſent, lucrum, quod eis in medio (tempore) accidit, poterant ſibi acquirere: interea autem procraſtinatione propter necis vindictam habita, hoc minime ad eos pervenit, et poſtea in libertatem deducti periclitabantur. (Sed) ne medium tempus fieret eis damnoſum, et maxime ſi ancillae in medio pepererint, et poſtea hereditas adita ſit: belliſſimum nobis videtur divi Marci, prudentiſſimi Principis orationem et in libertatibus producere, ne princeps philoſophiae plenus aliquod videatur imperfectum ſanciſſe: ſed ita in hereditatibus et legatis et fideicommiſſis, et maxime in libertatibus, quas ſemper philoſophia amplectitur, extendatur ejus ratio, ut lucrum, quod in medio accidit, eis poſt libertatem acceptam reſtituatur; et partus liber et ingenuus eſſe intelligatur: nullaque machinatione hujusmodi praepeditio damnum aliquid irrogare concedatur, (ut) et libera eorum poſteritas, ſi in medio fuerint ab hac luce ſubtracti, ſuorum genitorum commodum eos ſequatur. Merito enim nobis ſacratiſſimi Marci per omnia conſtitutionem, repellere placuit. Nihil etenim actum eſſe credimus, dum aliquid addendum ſupereſt. Von der Oratione Divi Marci, worauf hier gezielt wird, findet ſich ſonſt keine Nachricht. Sie muß die vor der würklichen Freylaſſung dem Knechte zugefallenen Vermächtniſſe und die von den Mägden in der Zeit erzeugten Kinder betroffen haben, daß jene ihnen nicht bleiben, und dieſe nicht frey ſeyn ſollen, wenn gleich die

Freyheit blos durch das SCtum Silanianum aufgehalten iſt. Iuſtinian hat mit Recht darin eine Aenderung getroffen.

Drittes Membrum.

Beſchaffenheit der Unterſuchung ſelbſt.

Erſte Section.

Art die Sache herauszubringen überhaupt.

§. 1203. Tortur des verdächtigen Thäters und der Zeugen. §. 1204. Behandlung der Knechte, ſo bey der Entleibung in der Nähe geweſen. §. 1205. Belohnung des Anklägers. §. 1206. Des Knechts, der die That anzeigte. §. 1207. Der anzeigende Knecht erhielt die Freyheit, wenn ſolches auch der Verabredung bey deſſen Erwerbung bey dem Erblaſſer zuwider war. §. 1208. Das Legat des anzeigenden Knechts fiel aus. §. 1209. Ingleichen das ſeinetwegen einem andern geſchehene Verſprechen. §. 1210. Verfahren bey einem Knechte, ſo dem Entleibten nur zum Theil zugehörte. §. 1211. Dem Ankläger war nicht entzogen, daß er ſich von dem ſtrafbaren Erben eine Forderung an den Erblaſſer hatte zahlen laſſen. §. 1212. Die Unterſuchung gieng auf den Thäter und Urheber zugleich. §. 1213. Der Knecht, welcher die Thäter bekannt, kommt wegen der ihm gegebenen Anleitung auf die Tortur und neben ihm die Knechte, ſo in der Nähe geweſen. §. 1214. Die übrigen Knechte kamen gegen den im Teſtament ernannten Knecht, bey deſſen Verdacht, auf die Tortur. §. 1215. Der Knecht, ſo dem Entleibten und einem andern gemeinſchaftlich zugehört, kann bey Verdacht gegen dieſen Miteigenthümer, gegen ſolchen auf die Tortur gebracht werden.

§. 1203.

Man war bey Entleibungen eines Bürgers beſonders bemüht, die That und Thäter herauszubringen. Der verdächtige Thäter kam auf die Tortur, er mochte ein Knecht oder Freyer ſeyn. Als Zeugen brachte man nur Knechte auf die Tortur, denen überhaupt auſſer der Tortur nicht geglaubt wurde. Selbſt gegen den eigenen Herrn konnten in Entleibungsfällen die Knechte zu Zeugen gebraucht werden. Dieſe Dinge ſind in meinem Buche von der Tortur der Griechen, Römer und Teutſchen ausgeführt.

§. 1204. Die Knechte, ſo in der Nähe der Entleibung geweſen, waren nicht nur der That und Mitwiſſenſchaft verdächtig, ſondern wurden auch, wenn ſie ſolche hätten abwenden können, geſtraft.

§. 1205. Man munterte die Ankläger der That durch ausgeſetzte Belohnungen auf. Der Ankläger erhielt auf jeden Knecht, den er aus der Fluch: zurückgebracht, und als Theilhaber der That überführt hatte, 5. Aureos aus des Entleibten Vermögen. L. 25. pr. de SCto Silan. Lege Cornelia cavetur de praemio accuſatoris, qui requiſivit, et renunciavit eos ſervos, qui ex ea familia ante quaeſtionem fugerent: ut in ſingulos ſervos, quos convicerit, quinque aureos ex bonis occiſi, aut ſi inde redigi ea quantitas non poſſit, ex publico accipiat. Quod praemium non in omnes ſervos, qui ſub eodem tecto locove fuerunt, ſed in eos ſolos, qui caedem admiſiſſent, accuſatori tribuitur.

§. 1206. Der Knecht, welcher die That anzeigte, und dadurch deren Wahrheit an Tag brachte, erhielt die Freyheit. Nur muſte die Anzeige freywillig geſchehen

L. 3. §. 14. de SCto Silan. Vtrum autem is ſolus videatur indicaſſe vel arguiſſe, qui ad hoc proſiliit ultro, an etiam is, qui, cum recuſaretur, ipſe detorſit in alium crimen? Et magis eſt, ut ille hoc praemio dignus ſit, qui ultro ad accuſationem proſilit. Statt recuſaretur muß hier billig: incuſaretur geleſen werden. Es iſt von einem Knecht die Rede, wo ſich die Recuſation nicht paßt, und zum Zuſammenhange nicht ſchickt. Aber, wenn man ihn ſelbſt, als Thäter, auf die Tortur brachte, und er dann ſeine Unſchuld behauptete, aber nun einen andern zum Thäter angab: das war ein Umſtand, der hier paßt.

§. 1207. Der Anzeiger erhielt die Freyheit, und wenn ihn auch der Herr unter der Bedingung, ihn nie in Freyheit zu ſetzen, erhalten hatte. Hier gab ihm der Herr die Freyheit nicht, ſondern Geſetz und Richter. L. 3. §. 15. de SCto Silan. Hi quoque, qui non potuerunt aliás ad libertatem pervenire (ut puta ſi hac lege diſtractus erat quis, ne manumitteretur) poterunt propter hoc, quod in commune utile eſt, ad libertatem pervenire.

§. 1208. Wenn er Jemandem vom entleibten Erblaſſer vermacht war; ſo fiel dies Legat hinweg. L. 12. de SCto Silan. Si ſervus a teſtatore occiſo legatus ſit, et praetor pro praemio ſtatuerit, liberum eum eſſe: dicendum eſt non impediri libertatem.

§. 1209. Gleichergeſtalt erhielt der, dem der Knecht verſprochen war, ſolchen alsdenn, wenn er der Anzeige wegen frey wurde, nicht L. 3. §. 13. de SCto Silan. Si ex ſtipulatu ſervus debeatur, et caedem domini arguerit, et pro (hoc) praemio liber eſſe juſſus ſit: ex ſtipulatu actio ſtipulatori non datur. Nam et ſi ſupplicio ad-

adfectus fuiſſet, non daretur. Quodſi ſub eodem non fuit: ex ſtipulatu actio in aeſtimatione ſervi utilis erit creditori. Die Freyheit und Todesſtrafe des Knechts iſt, als ein Ohngefähr anzuſehen, welches über den ergehet, der den Zufall zu tragen hat. Der Zuſatz: Quodſi etc. iſt vermuthlich von dem Falle zu verſtehen, da der Knecht keinen Antheil, und auch wider ſich keinen Verdacht hat, der Ankläger aber aus ſonſtigen Vermuthungen ihn mit unter den Zeugen angegeben, und auf der Tortur abhören laſſen, wodurch er umgekommen. In ſolchen Fällen war eine Entſchädigung zu geben. cf. Meine angeführte Schrift §. 70.

§. 1210. Wenn er nicht ganz allein dem Entleibten zugehörig geweſen; ſondern noch ein anderer an ihm mit Antheil hatte; ſo muſte ſolcher Antheil aus den Mitteln des Entleibten abgekauft werden. L. 16. de SCto Silan. Domino a familia occiſo, ſervus communis necem ejus detexit. Favore libertatis liber quidem fieri debet, pretii autem partem ſibi contingentem ſocium conſequi oportet.

§. 1211. Wer von dem Erben ſich etwas, ſo ihm der Erblaſſer ſchuldig geweſen, hatte bezahlen laſſen, den hinderte dieſe Anerkennung des Erben nicht, gegen ihn, wenn er ſich um des Erblaſſers Entleibung nicht bekümmerte, deshalb eine Anklage zu gebrauchen. L. 26. de SCto Silan. Fideicommiſſum, quod ex teſtamento fratris patruelis Gajus Sejus Titio debebat ab heredibus Seji Titius accepit. Quaeſitum eſt, cum necem Gaji Seji heredes ejus non vindicaverint, an (Titius) nihilominus (eos) heredes ut indignos accuſare poſſit ob id, quod necem ejus non vindicaverint; nec obſit ei, quod ab iisdem fideicommiſſum ex teſtamento fratris patruelis conſecutus ſit? Reſpondit, nihil pro-

proponi cur obſtaret. Die Schuld muſte, wenn auch der Fiſcus die Erbſchaft an ſich nahm, doch bezahlt werden. Alſo konnte zur fiſcaliſchen Verwürkung der Erbſchaft noch Anzeige geſchehen, ob man gleich die Schuld erhalten. Die Anklage geſchahe des Fiſci wegen. Dieſem konnte das, was der Ankläger gethan, wenn man es auch als Erkennung des Erben anſehen wollte, nicht entgegen geſetzt werden.

§. 1212. Man ſuchte den Thäter ſowohl, als den, welcher dieſem die That befohlen hatte, herauszubringen. L. 6. pr. de SCto Silan. Et ſi percuſſor certus ſit, tamen habenda quaeſtio eſt, ut caedis mandator inveniatur. Vtique autem ipſe maxime quaeſtione dabitur, quamvis et caeteri puniantur. L. 17. eod. Prius de ſe familia torquenda eſt: et ſi confitentur, tunc interrogetur, quo mandante flagitium admiſſum ſit. Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 12. Etſi percuſſor certus ſit, tamen de familia habenda quaeſtio eſt, ut caedis mandatorem veniri poſſet. Wenn der Thäter überführt, oder der That geſtändig iſt, ſo müſſen doch er und die andern Knechte auf die Tortur gebracht werden, um herauszubringen, wer etwa zu der That Anleitung gegeben.

§. 1213. Die andern Knechte, welche auf die Tortur kommen und geſtraft werden, ſind die, welche in der Nähe der Entleibung geweſen, und alſo von derſelben etwas wiſſen, und dabey zu Hülfe kommen können, ſolches aber unterlaſſen haben. Eben dahin geht L. 17. de SCto Silan. Prius de ſe familia torquenda eſt: et ſi confitentur, tunc interrogetur, quo mandante flagitium admiſſum ſit. Die Knechte, welche wegen der von ihnen ſelbſt etwa verübten That auf die Tortur kommen,

ſind

ſind hier wieder die, welche wegen der Nähe bey der That einer Mitwiſſenſchaft und eines Antheils verdächtig ſind.

§. 1214. Wenn gegen den Erben ſelbſt, als gegen den durch das Erbrecht nun entſtandenen eigenen Herrn der Knechte, welche die That vollbracht hatten, Verdacht war, daß er darunter ſtecke, ſo wurden ſie ſänetwegen auf der Tortur befragt. L. 6. §. 1. de SCto Silan. Quamvis alias in caput domini ſervi non torqueantur, recte tamen fiet quaeſtio, etiamſi heredem accuſet, ſive extraneus heres, ſive ſuus ſit. Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 9. Habetur de familia quaeſtio, et ſi heres teſtatorem occidiſſe dicatur, nec interſt, an extraneus, an ex liberis ſit.

§. 1215. Wenn der Entleibte einen Knecht mit einem andern in Gemeinſchaft gehabt, und dieſer die That vollbracht hatte, dabey aber ſich Verdacht fand, daß der Miteigenthümer dahinter ſtecke, ſo konnte dieſes Theilhabers wegen der Knecht ebenfalls auf der Tortur befragt werden. Hievon redet meine oben angeführte Schrift §. 58. und es wird beſtärkt durch L. 6. §. 2. de SCto Silan. Si vnus ex dominis non compareat, quaerendum eſt de caſu ejus per ſervos, quos communes habuerunt. Magis enim de ſalute aut ultione domini non comparentis, quam in caput praeſentis torquetur. Non comparere heiſt hier, dergeſtalt weggekommen, daß Niemand weiß, wo der nun Wegſeyende hingerathen iſt, und daß ſich keine Spur und Nachricht von ihm findet.

Zweyte Section.

Perſonen die den Mord verſchuldet haben muſten.

Erſtes Segment.

Dem Entleibten Zugehörige.

§. 1216. Nur des Entleibten Knechte gehören unter das SCtum. Daß ſolcher von ihnen auch die Nutzung gehabt, iſt nicht nöthig. §. 1217. Ihre vom Entleibten geſchehene Verpfändung entzieht ſie dem SCto nicht. §. 1218. Knechte, wovon der Entleibte nicht Eigenthümer, ſondern nur Vſufructuar oder bonae fidei poſſeſſor geweſen, gehörten nicht unter das SCtum. §. 1219. Wenn der Knecht das unter ſeines Herrn Gewalt ſtehende Kind umgebracht, ſo gehörte der Fall unter das SCtum. §. 1220. Auch, wenn der Knecht das von der Gewalt ſchon befreyte Kind umgebracht. §. 1221. Beſonders wenn während der Kriegsgefangenſchaft des Vaters die Entleibung des Kindes geſchehen, oder nach des Vaters Tode das Kind ſich der väterlichen Erbſchaft noch nicht angemaſſet. §. 1222. Entleibung des Kindes durch des Vaters Knecht, wenn jenes im Teſtamente des Vaters enterbt iſt. §. 1223. Von Entleibung des adoptirten Kindes des Herrn, oder leibeignen Kindes, das von einem andern Vater adoptirt worden. §. 1224. An unehlichen Kindern und Alumnis des Herrn verübter Mord gehört nicht unter das SCtum. §. 1225. Ingleichen Mord von Knechten der Mutter an deren Kindern verübt. §. 1226. Wohl aber Mord von Knechten des Sohns an deſſen Vater, der über ihn die Gewalt hatte, verübt. §. 1227. Auch, wenn er die Gewalt über ihn nicht hat. §. 1228. Ferner der Mord von Knechten des einen Ehegatten am andern verübt. §. 1229. Fall, da ein Ehegatte den andern entleibt. §. 1230. Bey Entleibung der Frau, die der Mann im Ehebruch antraf, durften ſich die Knechte nicht einmiſchen. §. 1231. Mord der Knechte des Schwiegervaters, an der Schwieger-Tochter verübt, gehörte unter das SCtum, nicht aber, wenn er am Schwiegerſohn verübt wurde.

§. 1216.

Es war verordnet, daß die Knechte des Entleibten, welche in der Nähe der Entleibung geweſen, als der That verdächtig, auf die Tortur gebracht werden ſollten, und daß man ſie, wenn ſie auch nicht Antheil gehabt, dennoch der unterlaſſenen Hülfe wegen, die ſie leiſten können, zur Strafe ziehen ſollte. Es war alſo hier von den Knechten des Entleibten die Rede. Wenn der Entleibte dem Eigenthum des Umgebrachten nicht unterworfen war, ſo gehörte der Fall nicht unter das Senatusconſultum. Ob der entleibte Eigenthümer auch des Knechts Nießbrauch ſelbſt gehabt, oder nicht, darauf kam nichts an. Weil das Eigenthum blos in Betracht kam. L. 1. §. 1. de SCto Silan. Domini appellatione continetur, qui habet proprietatem, etſi uſufructus alienus ſit.

§. 1217. Ingleichen hinderte es nichts, wenn ihn der entleibte Eigenthümer auch verpfändet hatte. L. 1. §. 3. de SCto Silan. Servus pignori datus, quod attinet ad debitoris necem, per omnia perinde, habetur, atque ſi pignori datus non eſſet. Es kam auch nicht darauf an, ob der Entleibte ganz oder nur zum Theil das Eigenthum gehabt hatte. L. 1. §. 6. de SCto Silan. Domini appellatione etiam pro parte dominum contineri dicendum eſt.

§. 1218. Wenn hingegen der Entleibte nicht Eigenthümer des Thäters geweſen, ſo gehörte die That nicht zum Senatusconſulto, wenn er gleich einen Nießbrauch von ihm gehabt oder ihn bona fide beſeßen. L. 1. §. 2. de SCto Silan. Qui ſervum bona fide poſſidet, domini appellatione non continebitur: nec qui uſumfructum ſolum habuit.

§. 1219. Wenn der Knecht nicht ſeinen Herrn ſelbſt, ſondern deſſen Kind, das unter ſeiner Gewalt ſtand, umgebracht hatte: ſo wurde wegen der fictae unitatis dennoch der Fall unter das Senatusconſultum gezogen, als ob der Knecht ſeinen Herrn, den Teſtator, ſelbſt umgebracht. L. 1. §. 7. de SCto Silan. Domini appellatione et filiusfamilias caeterique liberi, qui in poteſtate ſunt, continentur. Senatusconſultum enim Silanianum non ſolum ad patresfamilias, verum ad liberos quoque pertinet.

§. 1120. Obgleich der Sohn ſchon von der våterlichen Gewalt befreyt war, ſo wurde zum Andenken der ehemaligen Gewalt, dennoch deſſen von des Vaters Knecht geſchehene Entleibung unter das Senatusconſultum gezogen, und angeſehen, als wenn der Vater, ſo den Teſtamentserben ernannt hatte, ſelbſt ermordet wåre. L. 1. §. 8. de SCto Silan. Quid deinde dicemus, ſi liberi non ſint in poteſtate? Marcellus libro XII. digeſtorum dubitat. Ego puto plenius accipiendum, ut etiam ad eos liberos pertinent, qui in poteſtate non ſunt.

§. 1221. Noch mehr gehörte die Entleibung des Sohnes, ſo vom Knecht des Vaters geſchehen, unter das Senatusconſultum, als wenn der Vater ſelbſt entleibt worden wåre, wenn der Vater ſich in Kriegsgefangenſchaft befand, oder ſchon geſtorben war, obgleich der Sohn und Erbe ſich der Erbſchaft noch nicht angenommen. Denn nun muſte dieſes Sohns Erbe nach dem Senatusconſulto verfahren. L. 1. §. 12. de SCto Silan. Si pater ab hoſtibus captus ſit, quaeſtionem de ſervis habendam et ſupplicium, filio occiſo, eleganter Scaevola ait. Quod etiam poſt mortem patris probat, ſi antequam ei ſuus heres exſtiterat, occiſus fuerit. Bey

der

der Gefangenſchaft des Vaters, war gewiſſer Maſſen ſchon der Sohn Herr des Vermögens, und nach des Vaters Tode war ſchon vor der Immixtion der Sohn einigermaſſen als würklicher Erbe anzuſehen.

§. 1222. Wenn der Sohn vom Vater enterbt, und von deſſen Knechten entleibt war, ſo kam es darauf an, ob der ernannte Erbe die Erbſchaft erhielt, oder das Teſtament wegen deſſen Losſagung oder ſonſt umgeworfen wurde. In jenem Falle war die That als durch fremde Knechte an einem Römer begangen anzuſehen, in dieſem Falle aber ſo, als wenn ſie durch eigene Knechte geſchehen wäre. L. 10. pr. de SCto Silan. Si exheredatus filius, antequam adiretur patris hereditas, occiſus ſit: ex eventu inſpicietur: ut, ſi adita fuerit hereditas, quaſi alieni fuiſſe videantur; ſi vero irritum teſtamentum factum ſit, quia ipſius eſſent, ſi viveret, omnia perinde aguntur, ac ſi dominus eſſet.

§. 1223. Wenn des Erblaſſers adoptirter Sohn, der unter ſeiner Gewalt ſtand, von des Adoptators Knecht entleibt worden; ſo war es eben ſo gut, als wenn der leibliche Sohn umgebracht wäre. War aber der leibliche Sohn von einem andern adoptirt worden, ſo war er, nach den alten Grundſätzen, aus des leiblichen Vaters Familie und Gewalt ganz herausgegangen, in eine andere Familie verſetzt, und unter eine andere väterliche Gewalt gekommen. Daher ſeine Entleibung, die von des leiblichen Vaters Knechte geſchehen, nicht weiter als eine an dieſem ſelbſt vollbrachte That angeſehen wurde. L. 1. §. 9. de SCto Silan. In eo, qui eſt in adoptionem datus, non putamus locum habere Senatusconſultum; quamvis in adoptato locum habet.

§. 1224.

§. 1224. Diejenigen Kinder, welche ſchon ſeit ihrer Geburt der Gewalt der Eltern nicht unterworfen waren, wurden denen, die unter ſolche Gewalt durch die Geburt gekommen, nicht gleich geachtet, und die an ihnen von der Eltern Knechte verübte Mordthat, kam nicht, als eine an den Eltern ſelbſt geſchehene That, in Unterſuchung. Dahin gehörten die nicht aus rechtmäßiger Ehe erzeugten Kinder, welche entweder aus einem Concubinat, oder im Beyſchlaf mit eigenen Mägden, entſproſſen waren, und alumni genannt zu werden pflegten. L. 1. §. 10. de SCto Silan. Sed nec in alumno occiſo locus eſt Senatusconſulto.

§. 1225. Ferner gehörten dahin die Kinder, wenn die Knechte der Mutter die That an ihnen verübet hatten. L. 1. §. 11. de SCto Silan. De matris ſervis, filio filiave occiſis, quaeſtio non habebitur.

§. 1226. So wie die Entleibung des Sohns von den Knechten des Vaters, der jenen unter ſeiner Gewalt hatte, angeſehen wurde, als wenn der Vater ſelbſt entleibt wäre, ſo wurde umgekehrt, wenn die Knechte des Sohnes, der unter des Vaters Gewalt ſtand, und etwa ein peculium caſtrenſe u. ſ. w. hatte, der Vater umgebracht worden, es angeſehen, als ob des Vaters eigene Knechte ihn entleibt hätten. L. §. 14. de SCto Silan. Si pater necatus ſit, an de ſervis filii quaeſtio habeatur, ſi forte in caſtrenſi peculio ſervos habuit? Et magis eſt, quaeſtionem de ſervis filii habendam, ſuppliciumque ſumendum, licet non ſit in poteſtate filius. Das: licet non ſit in poteſtate filius muß wieder ein neuer Gedanke ſeyn. Weil vorher von einem peculio die Rede war; ſo ſetzt dies einen filium in poteſtate voraus.

§. 1227. Iſt der Sohn der väterlichen Gewalt entlaſſen, ſo iſt die von deſſen Knechten an dem Vater begangene Mordthat anzuſehen, als wenn ſie des Vaters Knechte ſelbſt gethan, ſo wie, wenn des Vaters Knechte den emancipirten Sohn umgebracht, ſolches als eine am Vater ſelbſt verübte That betrachtet wird. Es müſte alſo beſſer heiſſen: Idem obtinet, licet non ſit in poteſtate filius.

§. 1228. Wofern ein Ehegatte durch die Knechte des andern Ehegatten entleibt worden, war es ſo gut, als wenn es durch des Ermordeten eigene Knechte geſchehen. Mann und Weib werden für eins gerechnet. L. 1. §. 15. de SCto Silan. Si vir aut vxor occiſi eſſe proponantur, de ſervis eorum quaeſtio habetur: quamquam neque viri ſervi proprie uxoris dicentur, neque uxoris proprie viri. Sed quia commixta familia (eſt) et vna domus eſt, ita vindicandum atque in propriis ſervis ſenatus cenſuit. Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 5. Neroniano Senatusconſulto cavetur, ut, occiſa uxore, etiam de familia viri quaeſtio habeatur: idemque ut juxta uxoris familiam obſervetur, ſi vir dicatur occiſus. Unter K. Nero wurde dies SCtum gemacht, das auch Claudianum, und von des Nero Mit-Conſul (Piſo), Piſonianum heiſt.

§. 1229. Beſonders wurden, wenn ein Ehegatte den andern ſelbſt entleibt hatte, beyder Ehegatten Knechte, nach dem Senatusconſulto, zur Unterſuchung und Beſtrafung gezogen. L. 3. §. 2. de SCto Silan. Si maritus uxorem noctu intra cubiculum ſecum cubantem necaverit, vel uxor maritum: Servi poena Senatusconſulti liberabuntur. Sed ſi exaudiſſent, et opem non tulerunt, plectendi erunt, non tantum ſi proprii eſſent mulieris, ſed etiamſi mariti. Bey einer heimlichen Entleibung

bung, ſo ein Ehegatte an dem andern vollbracht, ſind beyder Theile Knechte auſſer Verantwortung, weil ſie hier nicht helfen konnten. Wo aber das Geräuſch ſie herbey rufen ſollen, ſind ſie der Nachläßigkeit wegen ſtrafbar, und wenn es auch des Mörders eigene Knechte ſind, die ihre Herrſchaft an der böſen That verhindern ſollen.

§. 1230. Der Fall, da der Mann ſeine Frau im Ehebruche betreten und entleibt hatte, war ausgenommen. Dies war eine erlaubte That. Daher durften von beyden Theilen die Knechte ſich nicht darein miſchen. L. 3. §. 3. de SCto Silan. Si tamen maritus in adulterio deprehenſam occidat: quia ignoſcitur ei, dicendum eſt, non tantum mariti, ſed etiam uxoris ſervos liberandos; ſi juſtum dolorem exſequenti domino non reſtiterunt.

§. 1231. Wenn durch des Schwieger-Vaters Knechte die Schwiegertochter entleibt worden, ſo wurde ſolches ebenfalls ſo angeſehen, als wenn dieſelben ihren eigenen Herrn umgebracht hätten. L. 1. §. 16. de SCto Silan. Sed neque uxore occiſa, neque marito, de ſervis ſoceri quaeſtionem habendam, Senatus cenſuit. Marcellus autem lib. XII. digeſtorum in ſoceri ſervis idem, quod in mariti, recte dixit. Die Sache muß nicht namentlich in dem Senatusconſulto Neroniano entſchieden geweſen ſeyn; ſonſt hätte ſich Marcellus wohl nicht unterſtanden, ſolchem geradezu zu widerſprechen. Alſo heiſt das: neque ſenatus cenſuit ſoviel, als: der Senat hat davon nichts geſagt. Nur von dem Falle, daß die Schwiegertochter von dem Knechte des Schwiegervaters entleibt war, redet Marcellus. Wenn der Schwiegerſohn von des Schwiegervaters Knechten umgebracht worden; ſo gehörte der Fall nicht unter das Senatusconſultum, indem der Schwiegerſohn nicht zur Familie ſeines Schwiegervaters gehörte,

te, vielmehr ſeine Frau aus ihres Vaters Familie durch die Heyrath herausgegangen war.

Zweytes Segment.

Knechte.

§. 1232. Der Mord des SCti Silaniani erforderte Knechte als Thäter, oder auch ſtatu liberos. §. 1233. Ausdehnung deſſelben auf Freygelaſſene des Teſtaments. §. 1234. Auf Freygelaſſene, oder als Vermächtnis Jemandem verlaſſene Knechte im Teſtamente des Vaters, bey Entleibung des Sohns vor Antretung der Erbſchaft. §. 1235. Auf Knechte, welche bey Leben des Entleibten von ihm die Freyheit erhalten. §. 1236. Auch auf ſolche, die das Recht goldener Ringe erhalten. §. 1237. Art und Weiſe, wie man die ſchon bey Leben des Entleibten freygelaſſenen Knechte unter die Tortur brachte. 1238. Unterſchied zwiſchen einem noch fortdaurenden Knechte und dem ſchon in Freyheit geſetzten, in Verhältnis gegen den Mord.

§. 1232.

Die Mordthat muſte alſo durch Knechte geſchehen ſeyn, wenn das Senatusconſultum angewendet werden ſollte. Unter ſolchen wurden auch ſtatu liberi begriffen, da ſie doch vor der Hand noch Knechte waren. L. 1. §. 4. de SCto Silan. Servi appellatione etiam hi continentur, qui ſub conditione legati ſunt. Nam medio tempore heredis ſunt. Nec quid conditio exiſtens efficit, ut deſinant eſſe heredis, facit, ne videantur interim ejus eſſe. Idemque erit dicendum in ſtatu libero. Wegen des bedingt an Jemand vermachten Knechts war die Anmerkung, daß ſolcher unter das Senatusconſultum gehöre, und einsweilen für ein Eigenthum des Er-

ben anzuſehen, unnöthig. Er iſt auf alle Fälle ein Eigenthum des Entleibten, bey deſſen Entleibung, geweſen, wenn er auch unbedingt Jemandem vermacht worden. Ob er vor der Hand als dem Erben gehörig anzuſehen ſey, oder nicht, iſt ein Umſtand darauf nichts ankommt.

§. 1233. Das Senatusconſultum Neronianum dehnte die Verordnung des Silaniani auch auf ſolche Knechte aus, denen der Entleibte im Teſtamente die Freyheit gegeben. Sie ſollten vor Eröfnung des Teſtaments, und Antretung der Erbſchaft zur Unterſuchung gezogen, und dergeſtalt bey derſelben behandelt werden, als wenn keine Manumißion im Teſtamente geſchehen wäre. Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 6. Servi, qui ſub eodem tecto fuerint, ubi dominus perhibetur occiſus, et torquentur, et puniuntur; etſi teſtamento occiſi manumiſſi ſint. Sed et hi torquentur, qui cum occiſo in itinere fuerunt. L. 3. §. 16. de SCto Silan. De his quoque ſervis, qui teſtamento manumiſſi ſunt, perinde atque ſervis, ſupplicium ſumendum eſt.

§. 1234. Daher kam es, daß, weil die Entleibung des den Vater beerbenden Sohns, welche von des Vaters Knechten herrührte, als von den eigenen Knechten des Entleibten vorgenommen angeſehen wurde, obgleich der Sohn die Erbſchaft noch nicht angenommen, auch die von dem Knechte des Vaters in dieſem Falle im Teſtamente geſchenkte Freyheit denſelben der Unterſuchung und Tortur nicht entzogen. L. 1. § 13. de SCto Silan. Idem Scaevola ait, conſtantius defendendum, herede inſtituto filio, de his quaeſtionem habendam et ſupplicium, qui pure legati vel manumiſſi ſunt, ante aditam hereditatem filio occiſo. Quamvis enim ſi viveret, herede eo exiſtente, ipſius non eſſent futuri, attamen ubi deceſſit, quia exſtinctum legatum et libertas eſt,

Sena-

Senatusconſulto fore locum dicit. Ob auch gleich der Knecht vom Vater im Teſtamente Jemanden vermacht iſt, ſo iſt doch, wegen der fictae vnitatis zwiſchen Vater und Sohn, es eben ſo anzuſehen, als wenn der Vater von ſeinem im Teſtamente Jemanden vermachten Knechte entleibt wäre. Adita hereditas iſt hier ſtatt der Immixtion geſetzt.

§. 1235. Unter dem Kaiſer Trajan wurde das Senatusconſultum Silanianum gar auf die Knechte ausgedehnt, welche bey Leben des Erblaſſers, nach der That die Freyheit von ihm bekommen hatten. L. 10. §. 1. de SCto Silan. Sub Divo Trajano conſtitutum eſt, de his libertis, quos vivus manumiſerat, quaeſtionem haberi.

§. 1236. Es hinderte auch die Unterſuchung nicht, wenn der Freygelaſſene ſich vom Kaiſer mit dem Rechte goldne Ringe zu tragen privilegiren laſſen, welches die Rechte der Ingenuität mit Beybehaltung des Patronatrechts ertheilte. L. 11. de SCto Silan. Idemque erit et de his, qui jus aureorum annulorum petierant.

§. 1237. Wegen der Entleibung, welche von ſolchen geſchehen, denen der Entleibte ſchon vor der That die Freyheit gegeben, war zwar nicht durch das Senatusconſultum Silanianum, und die ſolches ausdehnende neuere Senatusconſulta, Verſehung geſchehen; aber die Geſetze haben für dieſen Fall dennoch durch einen Umweg geſorgt, der eben dahin führt, wohin das Senatusconſultum. L. 7. de SCto Silan. Et, in libertos extraordinarium auxilium habebit. Sie wurden, als Undankbare, wieder Knechte, und nun war alles ihrentwegen erlaubt, was bey Knechten zugelaſſen geweſen wäre. L. 2. C. de libert.

§. 1238. Darin unterſcheidet ſich aber doch ein ſolcher, dem der Entleibte die Freyheit gegeben hat, von einem Knechte, dem die Freyheit nicht ertheilt worden, daß dieſer ſchon darum geſtraft wird, daß er nicht zu Hülfe gekommen, ob er gleich in der Nähe war, jener aber nur alsdann zur Torturſtrafe gezogen wird, wenn er an der That Theil gehabt. L. 1. §. 5. de SCto Silan. Sed in eo, cui fideicommiſſa libertas pure debetur, exſtat reſcriptum Divi Pii ad Iubentium Sabinum: quo oſtenditur, non eſſe feſtinandum ad tormenta ejus, cui fideicommiſſa libertas debetur. Et magis eſt, ne puniatur ob hoc, quod ſub eodem tecto fuit, niſi particeps ſceleris fuerit. Die Verordnung des D. Pii ſchränkte das SCtum Neronianum in dieſen beyden Punkten ein, daß nemlich langſamer bey Freygelaſſenen zur Tortur geſchritten werden ſollte, und daß die Freygelaſſenen nicht ſollten geſtraft werden, wenn ſie an der Entleibung nicht Theil genommen, ob ſie gleich in der Nähe geweſen und alſo beyſtehen können, welches ſie unterlaſſen. Gaudentii Iuridic. expoſit. Otto Theſ. Tom. 3. p. 371.

Dritte Section.

That, welche geſtraft wurde.

§. 1239. Knechte waren ſtrafbar, wenn ſie bey gewaltthätiger Entleibung auch nur in der Nähe geweſen, und den Mord nicht gehindert. §. 1240. Sie waren ſchuldig mit Aufopferung ihres eigenen Lebens den Herrn zu vertheidigen. §. 1241. Sie durften beym Anfall auf die Perſon des Herrn nicht davon laufen. §. 1242. Sie muſten, wenn ſie mehrere Herren hatten, allen zugleich helfen. §. 1243. Strafe der Knechte, die bey der Entleibung mit dem Herrn unter einerley Dache geweſen. §. 1244. Was der Aufenthalt

halt unter einerley Dache bedeute. §. 1245. Auch die Nähe der Knechte an Orten, wo kein Dach ſich findet, gehörte hieher. §. 1246. Auf die Möglichkeit, von der Gefahr zu hören und zu Hülfe zu kommen, war zu ſehen. §. 1247. Anwendung des Grundſatzes auf die Entleibung in einer Meyerey. §. 1248. Bey einer Reiſe. §. 1249. Beſonders war auf die Möglichkeit von der Gefahr zu hören, Rückſicht zu nehmen. §. 1250. Taubheit entſchuldigte. §. 1251. Auch Blindheit. §. 1252. Das hohe Alter. §. 1253. Krankheit. §. 1254. Einſperrung und Feſſelung. §. 1255. Stummheit. §. 1256. Der Knecht iſt entſchuldigt, der alles gethan, was er thun können. §. 1257. Wann er nur einem unter mehrern Herren beygeſtanden, da er nicht allen zugleich helfen können. 1258. Verrückte wurden nicht geſtraft. §. 1259. Impuberes. §. 1260. Wenn die Bosheit nicht das Alter erfüllt.

§. 1239.

Diejenigen Knechte, welche nach dem Senatusconſulto zur Unterſuchung und Beſtrafung kommen, ſind ſowohl die, ſo die That vollbracht, oder daran Antheil genommen, als auch diejenigen, welche in der Nähe geweſen, und nicht zu Hülfe gekommen, da ſie ſolches thun konnten. Denn Knechte ſind ſchuldig, alle Kräfte nach Möglichkeit anzuwenden, damit ſie ihren Herrn gegen Gewalt ſchützen. L. 19. de SCto Silan. Cum dominus occiditur, auxilium ei familia ferre debet et armis et manu, et clamoribus et objectu corporis. Quodſi, cum poſſet, non tulerit, merito de eo ſupplicium ſumitur. L. 1. §. 29. eod. Hoc reſcriptum multa continet. Nam ei non parcet, qui in eodem conclavi fuit, et ei, qui timuit mori, non ignoſcit: et quod vel voce oporteat ſervos dominis auxilium ferre, oſtendit.

§. 1240. Wenn ſie auch ihr eigenes Leben dabey in Gefahr ſetzen und es aufopfern ſollten. L. 1. §. 28. de SCto Silan. Iuxta hoc tamen videtur et Divus Hadria-

nus reſcripſiſſe in haec verba: Servi, quoties dominis ſuis auxilium ferre poſſunt, non debent ſaluti eorum ſuam anteponere. Potuiſſe autem ancillam, quae in eodem conclavi cum domina ſua fuerat, auxilium rei ferre, ſi non corpore ſuo, at certe voce plorantem, vt hi, qui in domo fuerant, aut vicini audirent. Hoc ipſum manifeſtum eſt, quod dixit, percuſſorem ſibi mortem minatum, ſi proclamaſſet. Vltimum vtique ſupplicium pati debet; vel hoc, ne caeteri ſervi credant, in periculo dominorum, ſibi quemque conſulere debere.

§. 1241. **Knechte, die davon liefen, wenn ihr Herr angefallen wurde, waren alſo ſtrafbar.** Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 8. Servos, qui in itinere circumdatum a latronibus dominum per fugam deſeruerunt, apprehenſos et torqueri et ſummo ſupplicio affici placuit.

§. 1242. **Daher der Knecht ſtrafbar iſt, der, da er mehrere Herren hatte, welche alle in Gefahr waren, und er allen helfen konnte, nur einem zu Hülfe gekommen iſt.** L. 3. §. 4. de SCto Silan. Si cum omnes domini aggreſſuram paterentur, vni ſervus opem tulit, an ſit excuſandus; an vero, quia omnibus non tulit, pleꝛendus? Et magis eſt, (vt,) ſiquidem omnibus ferre potuit, quamvis quibusdam tulit, ſupplicio adficiendum. Si vero ſimul omnibus non potuit: excuſandum, quia quibusdam opem tulerit. Nam illud durum eſt dicere, ſi, cum duobus auxilium ferre non poſſit, elegit alteri eſſe auxilio, electione crimen eum contraxiſſe.

§. 1143. **Es waren alſo die Knechte nur dann ſtrafbar, wenn ſie zu Hülfe kommen können. Dies erforderte eine gewiſſe Nähe derſelben um den Herrn, wenn derſelbe an-**

angegriffen wurde. Dies war beſonders ſo ausgedruckt, daß der Knecht der unterlaſſenen Hülfe wegen ſtrafbar wäre, wenn er mit dem Herrn unter einerley Dach geweſen. L. 1. §. 26. de SCto Silan. Hoc autem Senatusconſultum eos quidem, qui ſub eodem tecto fuerunt, omnimodo punit: eos vero, qui non ſub eodem tecto, ſed in eadem regione, non aliter, niſi conſcii fuiſſent.

§. 1144. Dieſer Ausdruck: unter einerley Dach, zeigt aber nichts weiter an, als eine Nähe, in welcher man die That hören und zu Hülfe eilen können. L. 12. C. de his quib. vt indign. Talis de antiquo jure dubietas noſtrae ſerenitati ſuggeſta eſt propter Senatusconſultum Silanianum, et ſervos, qui ſupplicio adficiuntur, ſub eodem tecto commorantes, et non ſuum auxilium domino per inſidias occiſo praebentes. Veteres enim certum non faciunt, quis intellectus de verbis: ſub eodem tecto, ſignificatur: ſive in eodem cubiculo, ſive in triclinio vel porticu, vel in aula haec appellatio accipi debeat: adjicientes, ſi dominus in via, vel in agro fuerit interfectus, eos ſervos puniri, qui praeſto erant, et non auxilium ad prohibendum periculum praebuerunt, nulla diſtinctione ſuper qualitate praeſentiae vtentes. Nos igitur omnem eis occaſionem ad declinanda ſupplicia ſuper negligentia ſalutis domini ſui amputantes, ſancimus, omnes ſervos, ex quocunque loco, ſive in domo, ſive in via, (ſive in agro) poſſint clamorem exaudire, vel inſidias ſentire, et non auxilium tulerunt: ſupplicio Senatusconſulti ſubjacere. Oportet enim eos vbicunque ſenſerint dominum periclitantem, ad prohibendas inſidias concurrere.

§. 1245. Dieſe Erläuterung Iuſtinians war ſo ſehr nothwendig nicht. Schon die Alten hatten ſich hierüber

deutlich genug ausgedruckt. Sie wollten nicht eben auf die Entleibung, die in einem Hauſe oder Gebäude geſchehen, dieſe Nähe einſchränken: Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 3. Domino occiſo, de ea familia quaeſtio habenda eſt, quae intra tectum fuerit, vel certe extra tectum cum domino eo tempore, quo occidebatur.

§. 1246. Sie beſtimmten den Ausdruck eben darnach, daß der Knecht überall nahe genug zum Vernehmen der Gefahr und zur Hülfe geweſen war. Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 7. Servi de proximo, ſi cum poſſent ferre, auditis clamoribus, auxilium domino, non tulerunt, puniuntur.

§. 1247. Wie dieſe Nähe bey einer Meyerey zu verſtehen, lehrt L. 1. §. 30. de SCto Silan. Si quis in villa agens occiſus ſit: plusquam iniquum eſt, etſi forte diffuſa late praedia habeat, de omnibus, qui in ea regione fuerint, ſervis, et quaeſtionem habere, et ſupplicium ſumi. Sufficiat, ergo eos, qui cum ipſo, qui occiſus dicitur, fuerunt, et, qui ſuſpicione caedis, aut conſcientia attingi videbuntur, (de his) quaeſtionem haberi. Cum eo heiſt in der Nähe.

§. 1248. Wie man ſie bey einer Reiſe zu nehmen habe, ſagt L. 1. §. 31. de SCto Silan. Cum dominus in itinere eſſet occiſus: de his, qui vna cum eo fuerunt, cum occideretur, vel cum vna fuiſſent, profugerunt, ſupplicium ſumendum eſt. Quodſi cum domino nemo fuit, cum occideretur: ceſſant Senatusconſulta. Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 6. Servi, qui ſub eodem tecto fuerint, vbi dominus perhibetur occiſus, et torquentur, et puniuntur; etſi teſtamento occiſi manumiſſi ſint. Sed et hi torquentur, qui cum

occi-

occiſo in itinere fuerunt. Vna cum eo, und ſchlecht-hin: cum eo, heiſt hier wieder in der Nähe.

§. 1249. Hauptſächlich iſt nöthig, daß man die Gefahr vernehmen können. L. 1. §. 27. de SCto Silan. Eodem autem tecto qualiter accipiatur, videamus: vtrum intra eosdem parietes, an et vltra, intra eamdem diaetam, vel cubiculum, vel eamdem domum, vel eosdem hortos, vel totam villam? Et ait Sextus, ſic eſſe ſaepe judicatum, vt quicunque eo loci fuerunt, vnde vocem exaudire potuerunt, hi puniantur quaſi ſub eodem tecto fuerint, licet alii validioris vocis, alii exiguioris (ſint) nec omnes vndique exaudire poſſunt. Im Griechiſchen ſteht hier, ſtatt: Sextus der Name Servius.

§. 1350. Es kommt auf die Stimme des Entleibten und das übrige Geſchrey und Geräuſch im beſondern Falle an, nicht auf ein Maas der Stimme überhaupt. Daher ſind diejenigen entſchuldiget, die nicht hören, oder nicht helfen können. Der Taube hat alſo Entſchuldigung. L. 3. §. 8. de SCto Silan. Surdus quoque inter imbecillos numerandus eſt, aut inter eos, qui ſub eodem tecto non ſunt: quia vt illi per ſpatium, ita hic per morbum nihil audit.

§. 1251. Der Blinde hat gleiche Entſchuldigung, weil er, was eigentlich vorgehe, nicht recht wiſſen, auch nicht, wie er ſich benehmen ſolle, ſich entſchließen können. L. 3. §. 9. de SCto Silan. Coecus quoque veniam mereri debet.

§. 1252. Weil die Unmöglichkeit zu helfen entſchuldigt; ſo iſt ganz alten Perſonen nichts zur Laſt zu legen. L. 3. §. 7. de SCto Silan. Ignoſcitur etiam his, qui aetate defecti ſunt.

§. 1253. Ingleichen ſind Kranke mit Strafe zu verſchonen. L. 3. pr. de SCto Silan. Si quis in gravi valetudine adfectus, opem domino ferre non potuerit, ſubveniendum eſt ei.

§. 1254. Gleichergeſtalt ſind diejenigen auſſer Verantwortung, die ohne ihr Verſchulden eingeſperrt oder gefeſſelt waren, daß ſie nicht herzu eilen konnten. L. 3. §. 6. de SCto Silan. Subvenitur eis, qui eo tempore, quo dominus dominave occiſus eſt, clauſi ita fuerunt ſine dolo malo, vt erumpere ſuccurrendi cauſa, aut comprehendendi eos, qui caedem fecerint, non potuerint. Nec intereſt, a quo clauſi continebuntur. Sic tamen, ſi non data opera voluerint, ſe ita includi, ne opem ferre poſſint. Clauſos accipere debemus, etſi ſunt vincti. Si tamen ita vincti, vt omnimodo erumpere vincula, et auxilio eſſe non potuerint.

§. 1255. Wer ſtumm iſt, iſt entſchuldiget, daß er nicht vernemlich gerufen hat. L. 3. §. 10. de SCto Silan. Mutum ſimili modo excipimus, ſed ibi, vbi vocis tantum auxilium ſuperfuit.

§. 1256. Wenn der Knecht gar würklich zu Hülfe gekommen, und alles, was von ihm abgehangen, gethan hat, er hat aber die Entleibung doch nicht hindern können, ſo kann ihn Niemand beſchuldigen. L. 1. §. 34. de SCto Silan. Excuſantur autem ſervi, qui auxilium tulerunt ſine dolo malo. Nam ſi finxit ſe quis auxilium ferre, vel dicis gratia tulit: nihil commentum eis proderit. §. 35. eod. Tuliſſe autem auxilium non tantum is videtur, qui ſervavit dominum (hoc eſt, qui potuit ita opem ferre, vt ſalvus eſſet dominus) verum is quoque, qui quicquid potuit, fecit, tametſi dominus interfectus eſt: veluti ſi quis clamavit, vt ad auxilium con-

conveniretur, aut terruit aggreſſores, atque ſi quis turbam convocavit, aut corpus ſuum objecit, vel alias corpore ſuo auxilium tulit. §. 36. eod. Non tamen ſemper, qui clamore vſus eſt, auxilium tuliſſe videtur. Quid enim ſi, cum poſſet manu depellere a domino periculum, ille clamorem inanem elegit? Plectendus vtique erit. Noch weniger verdient er Strafe, wenn er bey der Hülfsleiſtung ſo verwundet worden, daß er nichts weiter thun können. L. 1. §. 37. de SCto Silan. Quidſi vulnerati ſint ſervi, cum protegerent dominum? Dicendum eſt, parci eis debere, niſi ſi aut ipſi vulnera iſta fecerunt data opera, ne punirentur; aut talia vulnera iſti acceperunt, vt poſſent nihilominus opem ferre, ſi voluiſſent.

§. 1257. Wenn der Knecht, der mehrere Herren hat, die ſämmtlich in Gefahr ſind, nicht allen zugleich beyſtehen können; daher er nur einem zur Hülfe gekommen, indeß, daß der andre entleibt worden; ſo iſt er in Anſehung deſſen entſchuldigt. Wenn da Mann und Frau in Gefahr ſind, der Knecht des einen Ehegatten dem andern zu Hülfe gekommen, und daher ſeine eigentliche Herrſchaft darüber das Leben eingebüßt; ſo wird ihm ſolches dennoch nicht verübelt. L. 3. §. 5. de SCto Silan. Quare et ſi ſervus mulieris marito dominae magis auxilio fuit, quam dominae; vel contra: dicendum eſt, ignoſci ei debere.

§. 1258. Diejenigen, die man überhaupt des Verbrechens und der eigentlichen Strafe unfähig hält, ſind auch hier außer Zurechnung. Dahin gehören Verrückte. L. 3. §. 11. de SCto Silan. Furioſus excipi nequaquam dubium eſt.

§. 1259. Nicht minder ſind dahin Kinder in der Impubertät zu rechnen. L. 1. §. 32. de SCto Silan. Impubes ſervus, vel ancilla nondum viri potens, non in eadem cauſa erunt. Aetas enim excuſationem meretur.

§. 1260. Es ſey denn, daß von dem Impubere heiſſe, quod malitia ſuppleat aetatem. In ſolchem Falle iſt er der Strafe allerdings unterworfen. L. 14. de SCto Silan. Excipiuntur Senatusconſulto Silaniano impuberes ſervi. Trebius autem Germanus Legatus etiam de impubere ſumi juſſit ſupplicium: et tamen non ſine ratione. Nam is puer nec multum a puberi aetate aberat, et ad pedes domini cubuerat, cum occideretur, nec poſtea caedem ejus prodiderat. Vt enim opem ferre non potuiſſe conſtabat, ita ſilentium praeſtitiſſe, etiam poſtea, certum erat. Et his duntaxat impuberibus Senatusconſulto parci credebat, qui tantum ſub eodem tecto fuiſſent. Qui vero miniſtri vel participes caedis fuiſſent, et ejus aetatis (quamquam nondum puberes) vt rei intellectum capere poſſent, his non magis in caede domini, quam in vlla alia cauſa parci oportere. Die Erforderniſſe zu dieſem Falle ſind, daß 1) der Thäter pubertati proximus ſey, 2) Verſtand zeige, und 3) einen ſtarken Grad von Bosheit verrathen habe.

Vierte Section.

Lauf des Prozeſſes.

§. 1261. Es wird eine vollſtändige Unterſuchung erfordert. §. 1260. Corpus delicti. §. 1263. Forſchungen an dem Thäter. §. 1264. Ob die Inculpation des Entleibten beweiſe.

weiſe. §. 1265. Stillſchweigende Inculpation durch den Entleibten. §. 1266. Ausdrückliche. §. 1267. Tortur zur Herausbringung des Thäters. Impuberes waren davon frey. §. 1268. Der Thäter wird, auch nach ſchon erhaltener Freyheit, als Knecht beſtraft. §. 1269. Auch der Hehler iſt ſtrafbar. §. 1270. Die Strafe haftet auf dem Knechte, auch nach geſchehenem Verkaufe.

§. 1261.

In ſolchen Fällen alſo, wo Knechte den Herrn gewaltthätig ums Leben gebracht hatten, wollte das Senatusconſultum Silanianum, daß die gehörigen Unterſuchungen vor der Erbantretung und Teſtamentseröfnung angeſtellt, und die Torturen, die nöthig, verfügt werden ſollten. L. 1. §. 25. de SCto Silan. Quaeſtionem autem ſic accipimus, non tormenta tantum, ſed omnem inquiſitionem et defenſionem mortis.

§. 1262. Zuförderſt muß auf das Corpus delicti die Unterſuchung gerichtet, und alſo herausgebracht und gewiß gemacht werden, daß würklich eine Entleibung geſchehen ſey. L. 1. §. 24. de SCto Silan. Item illud ſciendum eſt, niſi conſtet, aliquem eſſe occiſum, non haberi de familia quaeſtionem. Liquere igitur debet, ſcelere interemtum, vt Senatusconſulto locus ſit. Der Umgekommene kann durch Krankheit oder einen Unglücksfall das Leben verlohren haben. Er lebt wohl gar noch und befindet ſich wohl.

§. 1263. Hierauf erforſcht man den Thäter. Paul. Sent. L. 3. tit. 5. §. 11. In diſponenda eorum quaeſtione, quorum dominus dicitur interemtus, hic ordo ſervatur: primum vt conſtet occiſum dominum: deinde vt liqueat, de quibus ea quaeſtio habenda ſit: atque ita de reis inquirendum.

§. 1264.

§. 1264. Die Beſchuldigung des Umgekommenen, womit er bey ſeinem Ende einen oder andern der Knechte bezeichnet, macht keinen Beweis. L. 3. §. 1. de SCto. Silan. Si quis moriens dixiſſet, a ſervo vim mortis allatam eſſe ſibi: dicendum eſt, non eſſe credendum domino, ſi moriens hoc dixit, niſi potuerit et probari.

§. 1265. Hingegen iſt es ein groſſer Beweis für der Knechte Unſchuld, wenn der Herr, nachdem er ſchon tödlich verwundet geweſen, dennoch keinen ſeiner Knechte der That beſchuldigt hat. L. 1. §. 38. de SCto Silan. Si dominus mortifere vulneratus ſupervixerit, nec de quoquam ſervorum ſuorum conqueſtus ſit: etiam ſi ſub eodem tecto fuerunt, tamen parcendum illis erit. Die Knechte ſind in ſolchem Falle mit der Tortur zu verſchonen.

§. 1266. Noch mehr gilt dies, wenn der Herr gar im Teſtamente ſie von der That frey geſprochen. L. 2. de SCto Silan. Divus Marcus Commodus Piſoni reſcripſit in haec verba: Cum conſtiterit apud te, Piſo cariſſime, Iunium Donatum, poſteaquam conterritus adventu latronum profugerat villam ſuam, vulneratum eſſe; mox teſtamento facto purgaſſe officium ſervorum ſuorum: nec pietas pro ſervis, nec ſollicitudo heredis obtinere debet, vt ad poenam vocentur, quos abſolvit dominus ipſe.

§. 1267. Zur Herausbringung des Thäters diente die Tortur, die man ſowohl gegen den Verdächtigen, um das Bekenntnis herauszubringen, als gegen die Knechte, welche zeugen konnten, gebrauchte, als die ihr Zeugnis mit der Tortur beſtärken muſten. Nur ſolche, die nicht in der Impubertät ſtunden, waren davon frey. L. 1. §. 33. de SCto Silan. Impuberi autem vtrum in ſup-

ſupplicio tantum parcimus, an vero etiam in quaeſtione? Et magis eſt, vt de impubere nec quaeſtio habeatur. Et alius ſolet hoc in vſu obſervari, vt impuberes non torqueantur. Terreri tantum ſolent, et habena vel ferula caedi.

§. 1268. Nach gehöriger Unterſuchung kommt es zur Beſtrafung der Schuldigen, es ſey vor oder nach Eröfnung des Teſtaments. Der ſo im Teſtamente oder ſonſt die Freyheit erhalten, ſich aber vor der Eröfnung der Strafe zu entziehen gewuſt, kommt dadurch nicht los. Die Freyheit wird ihm wieder genommen, oder iſt als nicht ertheilt anzuſehen, und er wird als Knecht beſtraft. L. 25. §. 1. de SCto Silan. Praeterea cavetur, vt de his, qui ante quaeſtionem habitam fugerint, ſi aperto teſtamento liberi ſcripti inveniantur, lege de ſicariis judicium fiat: ita vt ex vinculis cauſam dicant, et convicti, perinde ac ſervi puniantur; et ei, qui convicerit, deni aurei praemii nomine darentur ex bonis damnati. L. 3. §. 17. eod. De his, qui antequam teſtamentum occiſi occiſaeve aperiretur, profugiſſent, poſteaque aperto teſtamento liberi ſcripti invenirentur, perinde ac ſi de ſervis quaeſtio habenda, ſuppliciumque ſumendum eſt. Nam eſt aequiſſimum, vltioni dominorum non obſtare indulgentiam ipſorum, quam quo quisque pleniorem eſſet expertus, eo graviorem ſceleri ſuo poenam merebitur.

§. 1269. Nicht nur der Thäter, ſondern auch der Hehler verfällt in die geſetzliche Strafe. L. 3. §. 12. de SCto Silan. Si quis (quem) eorum ſervum ſervamve ex ea familia, qui ejus facinoris noxius erit, receperit vel celaverit, ſciens dolo malo: in ea cauſa eſt, ac ſi lege, quae de ſicariis lata eſt, facinoris noxius fuerit.

§. 1270.

§. 1270. Wenn nun auf dem Knechte ſchon die Strafe ruhet und der Beſitzer ſolchen verkauft hat, ohne dem Käufer davon etwas zu ſagen, ſo muß er, wenn ihm durch die Strafe nachher deſſen Nutzung entzogen wird, deshalb ihm die Gewähr leiſten. L. 8. pr. de SCto Silan. Senatusconſulto Piſoniano cavetur, vt, ſi poenae obnoxius ſervus veniſſet, quandoque animadverſum in eum eſſet, vt venditor pretium praeſtaret, ne emtori injuriam feciſſe videatur ſenatus.

Ver-

Verzeichnis der erklärten Geſetze.

Inſtitutiones.

L. 2. Tit. 10. de teſtam. ordin.

pr.	p. 6
§. 1.	122
2.	122
3.	122
4.	147
5.	151
6.	133
7.	144
8.	140
9.	137
10.	137
11.	141
12.	156
13.	12
14.	145

Tit. 11. de mil. teſtam. pr. 572

§. 1.	582
2.	587
3.	616
4.	581
5.	589
6.	571

Tit. 12.

Quib. non eſt perm. fac. teſtam. pr. 43

§. 1.	27
2.	28
3.	31
4.	34
5.	38

Tit. 13. de Exhered. liber.

pr.	327
§. 1.	342
§. 2.	p. 386
3.	403
4.	404
5.	407
6.	598
7.	405

Tit. 14. de hered. inſtit.

pr.	77
§. 1.	68
2.	99
3.	98
4.	171
5.	185
6.	193
7.	203
8.	195
9.	252
10.	219
11.	213
12.	111

Tit. 15. de vulg. ſubſt. pr. 472

§. 1.	464
2.	467
3.	488
4.	480

Tit. 16. de pupill. ſubſtit.

pr.	549
§. 1.	560
2.	504. (512)
3.	501. (509)
4.	491. (499)
5.	497. (505)
6.	492. (500)
7.	538
8.	496

§. 9. p. 498
Tit. 17. Quib. mod. teſtam. infirm. pr. 671
§. 1. 701
2. 676
3. 678
4. 662
5. 663
6. 668
7. 673
8. 23
Tit. 18. de inoff. teſtam. pr. 749
§. 1. 273
2. 263
3. 458
4. 808
5. 793
6. 277
Tit. 19. De hered. qualit. et differ. pr. 60
§. 1. 60
2. 60
3. 61
4. 117
5. 0
6. 0
7. 0

Pandecten.

L. 5. Tit. 2. De inoff. teſtam.
L. 1. 273
2. 749
3. 749
4. 751
5. 261
6. pr. 436
§. 1. 754
2. 762
L. 7. 763
8. pr. 765
§. 1. 810
2. 769
§. 3. p. 604
4. 604
5. 266
6. 322
7. 492
8. 280
9. 283
10. 802
11. 296
12. 759
13. 757
14. 788
15. 264
16. 778
17. 785
L. 9. 781
10. pr. 772
§. 1. 808
L. 11. 782
12. pr. 809
§. 1. 805
2. 806
3. 806
L. 13. 779
14. 757
15. pr. 265
§. 1. 811
2. 773
L. 16. pr. 761
§. 1. 274
L. 17. pr. 761
§. 1. 783
L. 18. 784
19. 774
20. 752
21. pr. 811
§. 1. 785
2. 784
L. 22. pr. 810
§. 1. 795
2. 789
3. 790

L. 23.

L. 23. pr. p. 262
§. 1. 807
2. 761
L. 24. 773
25. pr. 291
§. 1. 754
L. 26. 784
27. pr. 812
§. 1. 752
2. 604
3. 786
4. 438
L. 28. 439
29. pr. 770
§. 1. 263
2. 812
3. 264
4. 772
L. 30. pr. 265
§. 1. 793
L. 31. pr. 757
§. 1. 768
2. 765
3. 808
4. 802
L. 32. pr. 807
§. 1. 808
Lit. 28. Tit. 1. Qui teſtam. fac. poſſ.
L. 1. 6
2. 25
3. 9
4. 646
5. 35
6. pr. 44
§. 1. 29
L. 7. 30
8. pr. 38
§. 1. 40
2. 41
3. 41
4. 40
L. 9. p. 42
10. 34
11. 39
12. 39
13. pr. 39
§. 1. 52
2. 42
L. 14. 50
15. 50
16. pr. 105
§. 1. 57
L. 17. 28
18. pr. 28. 134
§. 1. 51. 134
L. 19. 51
20. pr. 141
§. 1. 140
2. 139
3. 138
4. 27. 135
5. 136
6. 135
7. 135
8. 130
9. 145
10. 132
L. 21. pr. 145
§. 1. 18
2. 129
3. 130
L. 22. pr. 140
§. 1. 143
2. 151
3. 689
4. 151
5. 151
6. 13
7. 152
L. 23. 696
24. 11
25. 13
26. 51. 136

L. 27. p. 143
28. 12
29. pr. 13
§. 1. 0
L. 30. 150
31. 8
Tit. 2. de lib. et poſth. hered. inſtit.
L. 1. 442
2. 442
3. pr. 442
§. 1. 443
2. 447
3. 443
4. 448
5. 448
6. 444
L. 4. 353
5. 354
6. pr. 354
§. 1. 354
2. 355
L. 7. 647
8. 445
9. pr. 355
§. 1. 355
2. 329. 449
3. 356
4. 357
L. 10. 335
11. 325
12. pr. 699
§. 1. 704
L. 13. pr. 452
§. 1. 91
2. 449
L. 14. pr. 350
§. 1. 446
2. 8
L. 15. 8
16. 337
17. 441
L. 18. p. 451
19. 324
20. 63. 70
21. 452
22. 337
23. pr. 333
§. 1. 335
L. 24. 337
25. pr. 19
§. 1. 397
L. 26. 322. 440
27. 356
28. pr. 304
§. 1. 333
2. 336
3. 356
4. 336
L. 29. pr. 359
§. 1. 362
2. 369
3. 369
4. 369
5. 367
6. 363
7. 380
8. 370
9. 370
10. 399
11. 376
12. 376
13. 383
14. 390
15. 388
16. 70. 396
L. 30. 321
31. 325
32. 325
Tit. 3. de injuſt. rupt. irrit. teſt.
L. 1. 645
2. 674
3. pr. 357

§. 1. p. 376
2. 346
3. 397
4. 677
5. 346
6. 346
L. 4. 346
5. 347
6. pr. 394
§. 1. 390
2. 393
3. 353
4. 396
5. 661
6. 662
7. 664
8. 665
9. 666
10. 664
11. 663
12. 668
13. 670
L. 7. 479
8. pr. 700
§. 1. 701
L. 9. 703
10. 703
11. 674
12. pr. 705
§. 1. 679
L. 13. 387
14. 346
15. 698
16. 677
17. 646
18. 334
19. pr. 352
§. 1. 353
2. 353
L. 20. 695
Tit. 4. de his quae in teſtam. del. in duc. inſcrib.
L. 1. pr. p. 690
§. 1. 694
2. 691
3. 691
4. 784. 687
5. 690
L. 2. 692
3. 836
4. 695
Tit. 5. De hered. inſtit.
L. 1. pr. 443
§. 1. 165
2. 57
3. 165
4. 175
5. 165
6. 166
7. 166
L. 2. pr. 189
§. 1. 190
L. 3. pr. 101
§. 1. 86
2. 233
3. 65
4. 513
L. 4 pr. 300
§. 1. 302
2. 303
L. 5. 302
6. pr. 303
§. 1. 326
2. 118
3. 72
4. 90
L. 7. pr. 88
§. 1. 67
L. 8. pr. 72
§. 1. 72
L. 9. pr. 204
§. 1. 204
2. 205
3. 205

§. 4. p. 205
5. 211
6. 212
7. 204
8. 258
9. 254
10. 111
11. 111
12. 183
13. 175
14. 84
15. 488
16. 68
17. 84
18. 84
19. 86
20. 67
L. 10. 175
11. 175
12. 203
13. pr. 183
§. 1. 187
2. 203
3. 203
4. 199
5. 199. 202
6. 200. 201
7. 200
L. 14. 183
15. pr. 184
§. 1. 200
L. 16. 201
17. pr. 193
§. 1. o
2. o
3. 194
4. 195
5. 195
L. 18. 195
19. 485
20. pr. 194
§. 1. 196
§. 2. o
L. 21. pr. p. 83
§. 1. 85
L. 22. 85
23. pr. 253
§. 1. 248
2. 249
3. 249
4. 249
L. 24. 172
25. 172
26. 172
27. pr. 210
§. 1. 209
2. 210
L. 28. 171
29. 259
30. 63
31. pr. 98
§. 1. 99
L. 32. pr. 169
§. 1. 104
L. 33. 210
34. 252
35. pr. 176
§. 1. 177
2. 177
3. 178
4. 179
5. 179
L. 36. 189
37. pr. 485
§. 1. 465
2. 173
L. 38. pr. 79
§. 1. 75
2. 87
3. 87
4. 87
5. 100
L. 39. 100
40. 481

L. 41.

L. 41.	p. 481	L. 65.	p. 169
42.	92	66. o.	
43.	92	67.	209
44.	244	68.	217. 230
45.	219	69.	172
46. o.		70.	222
47. pr.	173	71. pr.	222
§. 1.	201	§. 1.	225
2.	188	L. 72.	115
L. 48. pr.	166	73.	487
§. 1.	258	74.	182
2.	74	75.	446
3.	255	76.	64
L. 49. pr.	101	77.	206
§. 1.	116	78. pr.	180
L. 50. pr.	116	§. 1.	186
§. 1.	219	2.	187
2.	187	3.	215
L. 51. pr.	84	L. 79.	215
§. 1.	71	80.	215
L. 52.	99	L. 81. pr.	192
53.	199	§. 1.	222
54.	66	L. 82.	231
55.	95	83. pr.	97
56.	231	§. 1.	94
57.	95	L. 84. pr.	64
58. pr.	253	§. 1.	64
§. 1.	256	2.	64
L. 59. pr.	104	L. 85.	242
§. 1.	188	86. pr.	304
2.	184	§. 1.	241
3. o		L. 87.	196
4.	117	88.	96
5. o		89.	103
6. o		90.	90
7. o		91.	112
L. 60.	93	92.	19
61.	441	Tit. 6. de vulg. et pup. ſubſt.	
62. pr.	118	L. 1. pr.	463
§. 1.	254	§. 1.	549
L. 63. o		2.	491. (499)
64.	98	3.	497. (505)

L. 2. pr. p. 492
§. 1. 517
2. 538
3. 514
4. 497. (505)
5. 498. (506)
6. 550
7. 498. (506)
L. 3. 529
4. pr. 551
§. 1. 552
2. 552
L. 5. 466
6. 524
7. 498
8. pr. 531
§. 1. 529
L. 9. 537
10. pr. 530
§. 1. 513
2. 546
3. 535
4. 526
5. 546
6. 494
7. 477
L. 11. 525
12. 527
13. 495
14. 497
15. 610
16. pr. 545
§. 1. 499. (507)
L. 17. 525
18. pr. 540
§. 1. 545
L. 19. 545
20. pr. 501. (509)
§. 1. 500. (508)
L. 21. 496
22. 516
23. 468
L. 24. p. 466
25. 469
26. 401
27. 487
28. 518
29. 522
30. 472
31. pr. 532
§. 1. 536
L. 32. 486
33. pr. 495
§. 1. 473
L. 34. pr. 493. (501)
§. 1. 532
2. 517
L. 35. 542
36. pr. 472
§. 1. 464
L. 37. 492. (500)
38. pr. 492. (500)
§. 1. 496
2. 497
3. 539
L. 39. pr. 470
§. 1. 550
2. 489
L. 40. 548
41. pr. 488
§. 1. 467
2. 496
3. o
4. 467
5. 468
6. 341
7. 494. (502)
8. 536
L. 42. 495. (503)
43. pr. 557
§. 1. 497
2. 441
3. 533
L. 44. 516

L. 45.

L. 45. pr. 553
§. 1. 466
L. 46. 544
47. 547
48. pr. 478
§. 1. 475
2. 66
Tit. 7. de Condit. inſtit.
L. 1. 220
2. pr. 243
§. 1. 696
L. 3. 245
4. pr. 231
§. 1. 233
L. 5. 213
6. 219
7. 230
8. pr. 227
§. 1. 228
2. 228
3. 228
4. 227
5. 228
6. 227
7. 246
8. 229
L. 9. 220
10. pr. 231
§. 1. 216
L. 11. 245
12. 214
13. 217
14. 221
15. 222
16. 230
17. 210
18. pr. 82
§. 1. 215
L. 19. 242
20. pr. 233
§. 1. 232
2. 222
L. 21. 102
22. 102
23. 246
24. 247
25. 247
26. 241
27. 226
§. 1. 211
L. 28. 236
Tit. 29. de teſtam. mil.
1. pr. 575
§. 1. 565
L. 2. 574
3. 575
4. 587
5. 605
6. 596
7. 601
8. 600
9. pr. 600
§. 1. 576
L. 10. 591
11. pr. 590
§. 1. 588
2. 588
L. 12. 588
13 pr. 619
§. 1. 570
2. 592
3. 583
4. 605
L. 14. 606
15. pr. 592
§. 1. 616
2. 576
3. 594
4. 595
5. 606
6. 621
L. 16. 598
17. pr. 594
§. 1. 594

§. 2. 617
3. 50. 746
4. 567
L. 18. pr. 568
§. 1. 568
2. 568
L. 39. pr. 584
§. 1. 585
2. 596
L. 20. pr. 567
§. 1. 576
L. 21. 614
22. 589
23. 589
24. 581
25. 576
26. pr. 615
§. 1. 571
27. 586
28. 611
29. pr. 606
§. 1. 592
2. 598
3. 602
L. 30. 602
31. o.
32. 622
33. pr. 600
§. 1. 601
2. 600
3. 602
L. 34. pr. 666
§. 1. 618
2. 617
L. 35. 574
36. pr. 596
§. 1. 620
2. 601
3. 569
4. 619
L. 37. 596
38. pr. 615
§. 1. p. 615
L. 39. 620
40. pr. 583
§. 1. 613
2. 583
L. 41. pr. 595
§. 1. 592
2. 621
3. 607
4. 607
5. 607
L. 42. 565
43. 565
44. 566
Tit. 4. Si quis omiſſ. cauſ. teſtam. ab inteſt. poſſid.
L. 1. pr. 713
§. 1. 720
2. 720
3. 721
4. 721
5. 712. 726
6. 709
7. 713
8. 719
9. 715
10. 728
11. 728
12. 728
13. 739
L. 2. pr. 739
§. 1. 740
L. 3. 742
4. pr. 739
§. 1. 740
2. 739
3. 728
L. 5. 717
6. pr. 729
§. 1. 710
2. 730
3. 710

§. 4.

§. 4. 711
5. 711
6. 727
7. 718
8. 716
9. 719
10. 736
L. 7. 732
8. 732
9. 732
10. pr. 740
§. 1. 733
2. 734
L. 11. 735
12. pr. 735
§. 1. 736
L. 13. 727
14. 727
15. 727
16. 727
17. 710
18. pr. 734
§. 1. 736
L. 19. 737
20. 743
21. 722
22. pr. 745
§. 1. 746
2. 733
L. 23. 714
24. pr. 729
§. 1. 734
L. 25. 723
26. pr. 724
§. 1. 725
L. 27. pr. 720
§. 1. 722
2. 739
L. 28. pr. 721
§. 1. 731
L. 29. 732
30. 726

Tit. 5. de SCto Silan. et Claud.
L. 1. pr. 852
§. 1. 875
2. 875
3. 875
4. 881
5. 884
6. 875
7. 876
8. 876
9. 877
10. 878
11. 878
12. 876
13. 882
14. 878
15. 879
16. 880
17. 857
18. 854
19. 855
20. 857
21. 856
22. 858
23. 857
24. 893
25. 893
26. 887
27. 885
28. 885
29. 885
30. 888
31. 888
32. 892
33. 894
34. 890
35. 890
36. 891
37. 891
38. 894
L. 2. 894
3. pr. 890
§. 1.

§. 1. 894
2. 879
3. 880
4. 886
5. 891
6. 890
7. 889
8. 889
9. 889
10. 890
11. 891
12. 895
13. 870
14. 870
15. 870
16. 882
17. 895
18. 861
19. 860
20. 860
21. 863
22. 863
23. 860
24. 860
25. 861
26. 861
27. 860
28. 859
29. 859
30. 864
31. 866
32. 866
L. 4. 865
5. pr. 859
§. 1. 859
2. 862
3. 855
L. 6. pr. 872
§. 1. 873
2. 873
3. 850
L. 7. 883
L. 8. pr. 896
§. 1. 315
L. 9. 818
10. pr. 877
§. 1. 883
L. 11. 883
12. 870
13. 852
14. 892
15. pr. 815
§. 1. 852
2. 850
L. 16. 871
17. 872
18. 810
19. 885
20. 863
21. pr. 864
§. 1. 816
2. 851
L. 22. 819
L. 23. 862
24. 862
25. pr. 869
§. 1. 895
2. 858
L. 26. 871
27. 861
Tit. 6. Si quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.
L. 1. pr. 844
§. 1. 846
2. 845
L. 2. pr. '845
§. 1.] 820. 845
2. 818
L. 3. 845
Lib. 34. tit. 5. de reb. dub.
L. 1. o.
2. 111
3. 17
4. 105

L. 5.

L. 5. pr. 251
§. 1. 173
L. 6. 173
7. 173
§. 1. 170
2. 192
L. 8. o.
9. pr. 493. (501.)
§. 1. o. 615
2. o.
3. o.
4. o.
L. 10. pr. 106
§. 1. 244
L. 11. 107
12. o.
13. pr. o.
§. 1. o.
2. o.
3. o.
4. o.
5. o.
6. 474
L. 14. 112
15. o.
16. pr. o.
§. 1. o.
L. 17. o.
18. pr. 548
§. 1. o.
L. 19. pr. 256
§. 1. 111
L. 20. 108
21. 17
22. o.
23. o.
24. 17
25. 254
26. 17
27. 254
28. 254
29. o.

Tit. 7. de Reg. Caton.
L. 1. pr. 647
§. 1. 646
2. 646
L. 2. 251
3. 649
4. 649
5. 652
Tit. 8. de his quae pro non ſcript. hab.
L. 1. 653
2. 658
3. pr. 58. 658
§. 1. 659
2. 659
L. 4. pr. 658
§. 1. 658
L. 5. 660
Tit. 9. de his quae vt indign. auf.
L. 1. 823
2. pr. 823
§. 1. 824
2. 824
3. 825
L. 3. 825
4. 791
5. pr. 805
§. 1. 788. 805
2. 825
3. 791
4. 817
5. 792
6. 797
7. 790
8. 791
9. 799
10. 796
11. 796
12. 796
13. 595
14. 797

§. 15. 796
16. 793
17. 799
18. 799
19. 792
20. 821
L. 6. 793. 847
7. 791
8. 816
9. pr. 826
§. 1. 827
2. 827
L. 10. pr. 829
§. 1. 834
2. 833
L. 11. 831
12. 835
13. 839
14. 842
15. 797
16. pr. 828. (758)
§. 1. 839
2. 817
L. 17. 815
18. pr. 830
§. 1. 817
2. 832
L. 19. 844
20. 850
21. 850
22. 794
23. 832
24. 789
25. 833
§. 1. 814
Codex.
L. 3. tit. 28. de inoff. teſtam.
L. 1. 770
2. 756
3. 437
4. 781
5. 762
L. 6. p. 276
Avth. Noviſſima 279
Avth. vnde et ſi 310
L. 7. 262
8. pr. 276
§. 1.
L. 9. 603
10. 769
11. 433
12. 306
13. 783
14. 759
15. 405
16. 759
17. 272
18. 417
19. 433
Avth. Sed ſi ad 433
L. 20. 417
21. 271
22. 441. 784
23. 433
24. 603
25. 308
26. 491. (499)
27. 267
28. 434
29. 287
30. pr. 458
§. 1. 459
2. 288
31. 461
32. 299
33. pr. 297
§. 1. 417
34. 763
35. pr. 15
§. 1. 318
2. 461
3. 461
36. pr. 294
§. 1. 298
§. 2.

§. 2. p. 771
L. 37. pr. 47
§. 1. 48
2. 49
Tit. 29. de inoff. donat.
L. 1. 309
2. 311
3. 315
4. 758
5. 312
6. 312
7. 313
8. 314
§. 1. 316
L. 9.
Tit. 30. de inoff. dot.
L. vn. 316
L. 6. tit. 21. de teſtam. mil.
L. 1. 597
2. 593
3. 593
4. 593
5. 613
6. 612
7. 613
8. 595
9. 599
10. 599
11. 598
12. 605
13. 590
14. 574
15. 595
16. 566
17. 571
18. 591
Tit. 22. Qui teſtam. fac. poſſ.
L. 1. 52
2. 667
3. pr. 25
§. 1. 44
L. 4. 35
L. 5. p. 34.
6. 672
7. 156
8. 32
9. 26
10. 30
11. 44
12. 44
Tit. 23. de teſtam.
L. 1. 143
2. 692
3. 638
4. 255
5. 255
6. 7
7. 167
8. 634
9. 132
10. 660
11. 692
12. 155
13. 15
14. 7
15. 167
16. pr. 112
§. 1. o.
L. 17. 22
18. o.
19. 158
20. 10
21. pr. 152
§. 1. 613
Avth. Quod ſine 627
Avth. Hoc inter liberos. 686
§. 2. 145
3. 674
4. 168
L. 22. 113
23. o.
24. 171
25. 230
26. 146

17. 683
28. pr. 130
§. 1. 150
L. 29. 148
Avth. Et non obſervato 149
30. 689
31. 632
Tit. 24. de heredib. inſtit.
L. 1. 58
2. 194
3. 483
4. 19
5. 256
6. 114
7. 257
8. 109
9. 253
10. 98
11. 111
12. 169
13. 181
14. 16
Tit. 25. de Inſt. et ſubſt. ſub condit.
L. 1. 232
2. 232
3. 247
4. 236
5. 220
6. pr. 213
§. 1. o.
7. 250
8. 14
9. 555
Tit. 26. de Impub. et al. ſubſt.
L. 1. 467
2. 553
3. 479
4. 554
5. 572
6. 467
7. 546
8 608
9. 559
10. 496. (504.)
11. 184
Tit. 27. de neceſſar. ſerv. hered. inſtit.
L. 1. 97
2. 75
3. 97
4. 69
5. pr. 76
§. 1. 77
2. 83
3. 80
L. 6. 89
Tit. 28. de lib. praeter. vel exhered.
L. 1. 444
2. 702
3. 442
4. 408
Avth.. Non licet 432
Avth. Ex cauſa 433
Tit. 29. de poſth. hered. inſtit. vel exher.
L. 1. 697
2. 705
3. 703
4. 256
Tit. 34. Si quis aliq. teſt. prohib.
L. 1. 20
2. 844
3. 21
Tit. 35. de his quib. vt indign.
L. 1. 849
2. 801
3. 856
4. 843
5. 843
6. 819
7. 851

L. 9.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Westphal, Ernst Christian,

Theorie des Römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser, und Erben, ihrer Form und Gültigkeit

Frankfurt u.a. 1790

J.rom.m. 536
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567263-5
VD18 10169113-007